THÈSE DE
POITIERS.
1886
N°. 3.

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

DES

SÉPULTURES

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE LE MERCREDI 7 JUILLET 1886

DANS LA SALLE DES ACTES PUBLICS DE LA FACULTÉ

PAR

HENRI DANIEL-LACOMBE

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

POITIERS

IMPRIMERIE OUDIN

4, RUE DE L'ÉPERON, 4

—

1886

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

DES

SÉPULTURES

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE LE MERCREDI 7 JUILLET 1886

DANS LA SALLE DES ACTES PUBLICS DE LA FACULTÉ

PAR

HENRI DANIEL-LACOMBE

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

POITIERS

IMPRIMERIE OUDIN

4, RUE DE L'ÉPERON, 4

1886

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

MM. THÉZARD (A ❦), *Doyen, professeur de Code civil.*

DUCROCQ (✻ I ❦), *Doyen honoraire, professeur honoraire, correspondant de l'Institut.*

ARNAULT DE LA MÉNARDIÈRE (I ❦), *professeur de Code civil.*

LE COURTOIS (I ❦), *professeur de Code civil.*

NORMAND (A ❦), *professeur de Droit criminel.*

PARENTEAU-DUBEUGNON (A ❦), *professeur de Procédure civile.*

ARTHUYS (A ❦), *professeur de Droit commercial.*

BONNET (A ❦), *professeur de Droit romain.*

PETIT (A ❦), *professeur de Droit romain.*

BARRILLEAU (A ❦), *professeur de Droit administratif.*

BRISSONNET, *agrégé, chargé du Cours d'Histoire générale du Droit français public et privé.*

SURVILLE, *agrégé chargé du cours de Droit international privé.*

M. COULON (I ❦), *secrétaire-agent-comptable.*

COMMISSION :

PRÉSIDENT : M. PARENTEAU-DUBEUGNON, PROFESSEUR.

SUFFRAGANTS : M. THÉZARD, *Doyen*, M. NORMAND, M. PETIT, } PROFESSEURS.

A MON PÈRE — A MA MÈRE

DROIT ROMAIN

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547316_0025

Il ne me paraît pas inutile, au début de cette étude, d'observer qu'elle est entreprise à un point de vue exclusivement juridique. La matière, il est vrai, prête aux développements historiques, en ce qui concerne, non seulement les institutions romaines, mais encore celles de tous les peuples de l'antiquité. Les usages égyptiens devraient particulièrement être signalés, et il faudrait mentionner surtout les traditions grecques dont Rome s'est inspirée. Vouloir réunir ces documents, serait tenter une œuvre déjà faite et nécessairement incomplète de ma part, entrer dans un domaine moins sévère sans doute, mais qui ne doit pas être le mien.

L'objet de ce travail est tout autre. Il a pour but de grouper les textes épars qui ont trait à l'importante question des sépultures, d'indiquer leur mise en œuvre, de remarquer comment ils s'harmonisent avec les principes du droit, enfin d'en composer un tout que je souhaiterais être aussi précis que possible. Ce n'est pas à dire toutefois qu'il faille s'interdire absolument toute preuve historique, quand il en est besoin, ou renoncer de parti-pris aux citations d'auteurs classiques dont les opinions, justement considérées, peuvent être décisives en certaines occasions. Mais si le secours de ces auxiliaires ne doit pas être négligé, il est en même temps nécessaire qu'il soit mesuré ; j'ai donc

cru ne devoir leur faire qu'un appel très discret, soucieux de m'attacher principalement à l'examen des textes, tout en me souvenant néanmoins de ce mot familier à Portalis : « Interrogeons l'histoire, elle est la physique expérimentale de la législation (1) ».

Aussi bien, est-il superflu d'insister sur le caractère de droit naturel inséparable du fait de la sépulture, et de démontrer comment partout il se retrouve. C'est conformément à cette idée que Sénèque rangeait le droit à la tombe « non point parmi les droits écrits, mais parmi ceux plus certains que les droits écrits (2) ». La question de la vie future et de ses destinées, si imparfaite et grossière qu'elle fût dans le paganisme, domine et éclaire tout ce sujet. Là est le mobile de cette « *favor religionis* » qui à chaque instant tempère les rigueurs du vieux droit civil, et en apparaît comme l'*ultima ratio*.

(1) Sainte-Beuve, Causeries du Lundi, t. V, p. 462.
(2) Marc. Ann. Sénèque, liv. I, controv.

INTRODUCTION

1. Distinction des choses *divini juris* et *humani juris*
2. *Res sacræ* et *res religiosæ*.
3. Divinisation des morts.
4. Culte des mânes. Rites et fêtes funèbres.
5. Idée de la seconde existence après la mort.
6. Souveraine importance de la sépulture chez les Romains.

1. — La division des choses en *res divini juris* et *res humani juris* semble avoir été à l'origine la division essentielle. Gaïus la présente encore comme la plus importante : « *summa* » (1). On a remarqué avec raison qu'en cela il cède à la tradition plutôt qu'il n'obéit à la logique. Il est incontestable, en effet, qu'à l'époque classique, cette distinction a perdu beaucoup de son intérêt. Elle est absorbée alors dans la classification plus générale des choses en *res extra commercium* et *res in commercio* ; les premières comprenant avec les *res divini juris* les *res communes*, certaines *res publicæ* et certaines *res universitatis*. Aussi les Institutes de Justinien (2), sinon le Digeste (3), n'en font-elles mention que d'une façon accidentelle, et ne les considèrent-elles seulement que comme ayant qualité de *res nullius*.

(1) Gaïus. Instit. II, § 2.
(2) Instit. De divisione rerum, § 7
(3) L. 1 pr. D. de divis. rer.

D'où venait donc l'importance de la division première ? Sans doute, de ce que les choses *divini juris* étaient soumises à l'autorité des pontifes, investis à leur égard d'une juridiction qui ne leur était point dévolue en ce qui concerne les *res humani juris.*

Le droit pontifical, toujours vague et indécis, n'a point donné de ces *res divini juris* une définition nette et adéquate ; mais par voie de conséquence, et d'après les principes plus positifs du droit civil, nous pouvons dire que ce sont les choses spécialement affectées à des dieux déterminés et dont ceux-ci ont la propriété exclusive, perpétuelle, absolue.

2. — Quels sont ces dieux ? Gaïus nous l'apprend lorsqu'il établit la division des *res divini juris* en *res sacræ* et *res religiosæ* (1). « *Sacræ sunt quæ diis superis consecratæ sunt, religiosæ quæ diis manibus relictæ sunt.* » Ce serait sortir de notre cadre que de nous étendre sur la première catégorie de ces choses ; il importe toutefois de remarquer la formule du jurisconsulte, car elle nous offre la délimitation générale de notre sujet. Les *res religiosæ* et les *res sacræ* diffèrent par la nature des dieux auxquels elles sont attribuées. Ces dernières forment l'apanage des *dii superi*, c'est-à-dire des dieux de l'Olympe, de la divinité proprement dite. Mais par divinités d'en haut il faut entendre les trois classes de dieux *superi*, *medioxumi*, *inferi*, et ne pas restreindre cette appellation à la seule première catégorie ; c'est ce que fait ici Gaïus lorsqu'il l'oppose aux dieux mânes, qui ne sont que les âmes humaines divinisées, et qui n'ont rien de commun avec les *dii inferi*. Cette

(1) Gaïus, II, §§ 3 et 4. — Notons que les textes assimilent aux *res sacræ* les *res sanctæ* (choses dont la condition n'a jamais été exactement déterminée), mais qu'à proprement parler, il est difficile de les faire véritablement rentrer dans la catégorie des choses *divini juris.*

expression de dieux mânes ne doit donc pas nous arrêter.

3. — Aux yeux des anciens, en effet, tous les morts, sans distinction, prenaient rang au nombre des dieux (1). « Rendez aux mânes ce qui leur est dû, dit Cicéron ; ce sont des hommes qui ont quitté la vie : tenez-les pour des êtres divins (2). » Les Grecs leur donnaient le nom de démons ou de héros. Les Latins les ont appelés Mânes, Génies, Lares, Larves : larves lorsqu'ils étaient malfaisants, lares lorsqu'ils étaient bienveillants et propices (3).

Cette divinisation des morts remonte à la plus haute antiquité. L'étudier chez les différents peuples anciens serait rechercher l'histoire du sentiment religieux chez chacun d'eux (4). Elle était aussi bien en honneur dans l'Inde qu'en Grèce et en Italie, et on en trouve la trace dans les lois de Manou comme dans celles de Solon. Il semble qu'après avoir perdu la notion du vrai Dieu créateur, l'homme, ne gardant plus de la révélation primitive qu'un souvenir altéré, a tout au moins eu en face de la mort l'idée du surnaturel. Séparé de ceux qui lui sont chers par l'inexorable loi de la nature, il s'est refusé à voir dans leur disparition un anéantissement. Tout au contraire, en leur assignant une vie nouvelle et heureuse par delà le tombeau, il s'est donné à lui-même la certitude de les rejoindre un jour, et pour réaliser cet idéal du bonheur parfait, il a inscrit ses ancêtres au nombre des dieux.

(1) Plutarque, Vie de Solon, 21 — Cicéron, de Legibus, II, 22.

(2) Cicéron, *id.*, II, 9.

(3) Apulée, de Deo Socratis. — Servius, ad Æneid. III, 63.

(4) Ce sentiment religieux des peuples païens n'a pas son point de départ unique dans le culte des morts. Beaucoup de divinités ne sont que la personnification des éléments : l'air dans Jupiter ; le feu, la lumière, le soleil, dans Apollon; la terre dans Cérès, etc ..

Contrà : Fustel de Coulanges, Cité antique, 9e édit., liv. 1, ch. 2 in fine, p. 20.

Sur cette pensée irrésistible le paganisme a établi ses religions. Sans doute, les superstitions idolâtriques de la mythologie devaient corrompre les pieux hommages rendus à la cendre des morts ; ces hommages ne sont-ils pas néanmoins la preuve irréfragable de la croyance universelle des peuples à l'immortalité de l'âme, la manifestation de ce besoin d'une autre vie que le Christianisme seul devait pleinement satisfaire ?

4. — Les Romains ont eu très spécialement ce culte de la survivance des esprits. Pour eux, les morts prennent encore part à la vie de famille; ils président à ses joies et à ses tristesses, ils en sont les protecteurs. Ils n'entrent pas moins dans la vie sociale et publique: ils sont conjurés dans les calamités, consultés dans les embarras politiques, et vénérés en tout temps (1). Le signe particulier de ce culte, c'est l'union intime et incessante entre les vivants et les morts. Ceux-ci sont en quelque sorte traités en humains; ils conservent dans la tombe les goûts, la condition, les affections qu'ils ont eus durant leur vie. On se plaisait à disposer l'asile de leurs cendres comme s'ils devaient réellement y passer une nouvelle existence. On y enfermait avec eux les objets dont on supposait qu'ils avaient besoin, des vêtements, des vases : pour un guerrier des armes, pour une femme des parures, pour un enfant des jouets (2). Les tombeaux des riches sont ornés comme la demeure des vivants : rien dans la décoration ne rappelle les idées funèbres ; « ce sont au contraire toutes les délices, toutes les élégances, toutes les joies de la vie, et si l'on ne voyait des urnes cinéraires, des sarcophages parmi ces

(1) Porphyre, De abstinentiâ, II, 37. — Horace, Odes, II, 23.
(2) Dezobry, Rome au siècle d'Auguste, 4e édit., t. IV, lettre 104.

riants tableaux, on ne se croirait pas dans un sépulcre » (1). On y dépose tous les ustensiles nécessaires à la vie ; et la famille, que la modicité de ses ressources prive d'acheter un mobilier véritable, garnit le tombeau d'objets d'imitation en ayant les apparences.

A certaines époques de l'année, les parents honorent plus particulièrement leurs morts. Aux Ides de février jusqu'au neuvième jour des Kalendes de mars, la ville prend un aspect funèbre. Les temples se ferment (2) ; en signe de deuil, les magistrats quittent la toge prétexte ; et pendant les huit premières journées, les citoyens, tout entiers à la douleur et au souvenir de ceux qui ne sont plus, se préparent à leur rendre les devoirs qui leur sont dus : « *jura manium* » (3). Le neuvième jour, ils sortent de leurs demeures et vont accomplir les « parentales » (4), appelées aussi « férales » (5), ou « inféries » (6). Chacun se dirige vers les sépulcres de ses proches, les orne de feuillage et de fleurs, et, pour apaiser les mânes, y range un repas funèbre nommé « *silicernium* » (7), composé de gâteaux, de fruits, de fèves, d'œufs durs, de grains de sel et de quelques violettes. Le lait et le vin sont répandus, et pour mieux faire le simulacre de l'offrande au mort, un trou est creusé dans la terre. Parfois les dons sont plus importants, et une victime est immolée (8). Le mort est invité par des formules consacrées à prendre la pro-

(1) Dezobry, *id.*
(2) Ovide, Fastes, II, 562.
(3) Cicéron, de Legibus, II, 21 ; pro Flacco, 38. — Tacite, Hist. II, 95.
(4) Lucrèce, de Naturâ rerum, III, 52. — Virgile, Enéide, VI, 580 ; IX, 214 — Cicéron, Ire Philippique, VI.
(5) Ovide, Fast. II, 569.
(6) Virgile, Enéide, X, 519 ; XI, 80.
(7) Repas de la pierre ou pris sur la pierre. — Servius, in Æneid. V, 92.
(8) Ovide, Fast. II, 533, 541.

vision offerte, à laquelle personne ne peut toucher sans impiété. Le lendemain seulement a lieu le repas entre les vivants, qui profitent de cette circonstance de rapprochement dans les familles pour célébrer la « caristie », la fête de l'amitié et de la réconciliation (1).

5. — Ces rites funèbres, que nous avons cru nécessaire d'esquisser à grands traits, prouvent sans doute à quel point le Romain se préoccupait de la pensée de la mort ; mais ne faut-il pas leur assigner une origine, et ne devraient-ils point être considérés comme les curieux vestiges de croyances primitives auxquelles ils auraient survécu ?

Observons, en effet, que la doctrine de la métempsycose, les opinions sur le Tartare et les Champs-Elysées sont dans le paganisme de date relativement récente. Tout porte à penser que les antiques générations se sont imaginé une seconde existence s'accomplissant sous la terre, dans le tombeau (2). La croyance au rassemblement des âmes séparées de leurs corps dans un séjour unique, recevant récompenses ou peines suivant leurs mérites ou démérites, semble être postérieure. Ce point historique nous paraît confirmé par les coutumes religieuses décrites plus haut ; elles se sont perpétuées dans le langage, sinon dans la réalité, et elles se trouvent certifiées par la plupart des écrivains classiques. « *Sub terrâ censebant reliquam vitam agi mortuorum* », dit Cicéron. Les anciens croyaient que l'être humain, enfermé dans le tombeau, y gardait le sentiment du bien-être et de la souffrance. Puisqu'il est soumis à des besoins nouveaux, obligation est

(1) Ovide, Fast. II, 617. — Bouché-Leclerq, Manuel des institutions romaines, 1886, 6e partie, ch. II, p. 466.

(2) Mommsen, Histoire romaine, 1863, liv. I, ch. 12, t. I, p. 225. — V. Duruy, Histoire des Romains, 1870. Introduction, t. I, p. 76.

faite aux vivants de les satisfaire. Or le premier de ces besoins est précisément de trouver une demeure permanente, où il passera dans le repos cette seconde existence qui va désormais être la sienne. L'âme, en effet, qui n'a pas rencontré son asile, est condamnée à l'agitation et au malheur. Sous l'apparence de fantôme ou de larve, elle erre éternellement, réclamant sans cesse la sépulture, poursuivant ceux qui la lui ont refusée, les affligeant dans leurs personnes et dans leurs biens. Pour conjurer les efforts de ces ombres malfaisantes (car il y en a toujours par le monde), ce n'était point trop de se ménager le secours des rites religieux. Dans ce but, on célébrait, le 7 des Ides de mai, la fête des « Lémuries ». On rapporte l'institution de cette fête à Romulus, qui l'aurait établie pour apaiser les mânes de son frère : (*Remus*, *Remuria*, *Lemuria*). Les morts sont censés reprendre leurs habitudes ; la déesse *Mania*, mère des Mânes, y remplit un emploi grotesque, et la fantaisie populaire se donne libre jeu (1).

6. — Ces diverses coutumes, corroborées par le témoignage de tous les écrivains anciens, prouvent combien était redoutée à Rome la privation de sépulture. C'était en quelque sorte la suprême préoccupation pour un vivant que de préparer un lieu de refuge à ses cendres. Le refuser à quelqu'un, c'était la dernière injure, ou plutôt le dernier châtiment ; nous verrons qu'il était réservé aux parricides et aux plus grands criminels. L'homme qui rencontrait un cadavre avait le devoir de l'inhumer ; autrement il commettait un sacrilège (2) qu'il ne pouvait expier qu'en sacrifiant une truie à Cérès (3). Il

(1) Dezobry, op. cit. t. IV, p. 105. — Varron, Ling. lat. v° Mânes, IX, 61.
(2) Sénèque, de Beneficiis, V, 20. — Quintilien, Declamationes, VI, 11.
(3) Cicéron, de Legibus. II, 22.

lui était facile d'ailleurs de s'acquitter de cette tâche, sans accomplir réellement l'inhumation ; il lui suffisait de jeter sur le cadavre un peu de terre à trois reprises différentes (1).

Pour le Romain, la question du bonheur éternel s'agitait donc autour de son tombeau. Sans doute, les honneurs qu'il rendait aux morts peuvent être considérés comme un hommage accordé spécialement à la mémoire du défunt, ou même en général à la condition humaine ; des textes en font foi (2). On peut y voir encore la preuve de la confiance qu'il manifestait dans le renouvellement successif des êtres, et qui lui faisait ne considérer la vie que comme la production de la mort ; idée d'ailleurs assez conforme au génie de ce peuple, et qui, bien que se rapprochant de la théorie de la métempsycose, ne doit pas lui être assimilée (3). Mais il nous semble qu'il faut avant tout y voir la pensée religieuse que nous avons essayé de mettre en lumière. Toutes les croyances de l'antiquité ont eu pour point de départ le culte des morts. Ils ont été l'objet de la vénération que l'homme rend à la divinité, et, quelle que soit l'opinion définitive que les différents peuples se soient formée sur leur séjour au delà de la tombe, ils ont toujours été rangés dans une sphère supérieure à l'humanité, et considérés comme des êtres sacrés. La preuve la plus évidente de cette sorte d'apothéose est écrite sur les monuments funèbres des anciens ; il n'en est peut-être pas un seul qui ne porte, en tête de toute autre inscription, la dédicace sacramentelle : D. M. ou D. M. S. *Diis Manibus Sacrum.*

(1) Virgile, Enéid. VI, 365. — Horace, Odes, I, 28.

(2) L. 27 D. de conditionibus institutionum.

(3) M. Hild, professeur à la Faculté des lettres de Poitiers, à son cours. Fêtes funèbres à Rome.

Ainsi se trouve justifié, dès les plus anciens âges, ce besoin de l'immortalité, inné chez tous les peuples, plus ou moins développé suivant leur degré de civilisation, assuré définitivement dans le Christianisme par le dogme fondamental de la résurrection future. Les lois romaines devaient nécessairement favoriser une croyance qui importait tant au bonheur des citoyens ; nous allons voir, en effet, de quelles mesures de protection elles ont entouré leurs sépultures, et nous avons désormais la clef de la législation exceptionnelle qu'a inspirée à Rome la religion des tombeaux.

CHAPITRE I.

LE DROIT A LA SÉPULTURE.

7. Double principe général.

7. — Puisque les Romains attachaient de telles conséquences à l'accomplissement des rites funèbres, il était logique que ceux-ci leur fussent facilités par tous les moyens possibles. Etablissons donc de suite le double principe général que toute personne peut recevoir et donner la sépulture.

§ I. — *Toute personne peut recevoir la sépulture.*

8. Universalité de la règle. Elle s'applique même à l'esclave.
9. *Quid* des suppliciés, parricides, ou criminels d'Etat ?
10. Des condamnés à la déportation ?
11. Sépultures différées.
12. Mesures prises contre les créanciers qui retenaient les cadavres de leurs débiteurs.
13. La privation de sépulture contraire aux institutions romaines.

8. — A la règle il n'est fait, comme nous le savons, que de très rares exceptions. Il semble que les Romains aient tremblé d'employer cette arme redoutable : la privation de sépulture. L'esclave lui-même peut prétendre aux honneurs du tombeau : « *Locum in quo servus sepultus est religiosum esse, Aristo ait* » (1). Jusque-là, il ne comptait que comme une chose : en face de la mort, le droit naturel l'emporte sur la ri-

(1) L. 2 pr. D. de religiosis et sumptibus funerum.

gueur du droit civil; hommage est rendu à la dignité humaine, et l'inégalité sociale prend fin. Toutefois, il n'avait point droit au *sepulchrum privatum* : on l'enterrait le plus souvent dans la fosse commune réservée à la plèbe, et c'était par grande faveur que parfois il pouvait ne pas être jugé indigne des obsèques de l'homme libre (1).

9. — Les corps des suppliciés eux-mêmes recevaient la sépulture. Il n'en fut pas toujours ainsi : dans le principe, on les laissait devenir la pâture des oiseaux de proie, et les pendus restaient attachés au gibet jusqu'à ce que, suivant le mot de Sénèque, « *in sepulturam suam defluant* ». C'était particulièrement le sort réservé aux criminels convaincus de lèse-majesté ou d'attentat contre la sûreté de l'Etat, à tous ceux, en un mot, qui s'étaient rendus coupables du crime de *perduellio*. De leur passage parmi les vivants, il ne devait rester aucune trace, aucun souvenir pour la postérité (2).

Les cadavres des parricides étaient également traités avec une extrême rigueur (3). Cicéron rapporte le texte de la loi des XII Tables qui punissait le coupable : on lui couvrait la tête d'un voile, on l'enfermait dans un sac, et on le jetait dans un cours d'eau. Cette peine fut aggravée par une loi Pompeia qui décidait que le parricide, après avoir été battu de ver-

(1) Rudulphi Fornerii rerum quotidianarum lib. VI, cap. 3. : Otton, Thesaurus juris romani, Leyde, 1747. — Dezobry, Rome au siècle d'Auguste, t. IV, p. 96.

(2). L. 10 § 3, D. de his qui not. inf. — L. 35 de relig. — Suétone, Vespasien, ch. II. — Quintilien, liv. VIII, ch. 5. — Valer. Max. liv. VI, ch. 5. — Tacite, Annales, VI, ch. 29. — Rudulphi Fornerii... lib. II, cap. 16 : Otton, t. II, p. 177, — Sur le sens et les applications du terme « perduellio » : Maynz, Droit criminel de l'ancienne Rome, Revue historique de Droit français, 1881.

(3) Johannis Solorzani Pereiræ de parricidii crimine disputatio : Otton, t. V, p. 1043. « Dignum est ut qui patris imperium non expectaverunt, priventur « quasi matris gremio, terræ sepulchro. » (Egesippus, liv. III, ch. 17.)

ges jusqu'au sang, devait être enfermé dans un sac de cuir avec un chien, un coq, une vipère et un singe, puis, suivant les circonstances, ou livré aux bêtes, ou jeté à la mer (1). Au temps d'Adrien, ce genre de supplice n'existait plus, ou du moins ne se rencontrait que chez les populations du littoral : les parricides étaient brûlés vifs ou abandonnés aux bêtes (2).

Cette rigueur contre les cadavres des suppliciés fut tempérée peu à peu par les dispositions que nous trouvons au titre *de cadaveribus punitorum* consacré à ce sujet (3). Le même magistrat qui avait ordonné le supplice du criminel pouvait autoriser son inhumation. Auguste, se vante de ne s'y être jamais opposé pendant sa vie (4). Les cadavres étaient donc remis aux parents qui les réclamaient, et seulement s'ils faisaient cette demande, qui d'ailleurs pouvait leur être refusée, particulièrement quand il s'agissait de criminels d'Etat.

10. — Les condamnés à la déportation ou à la rélégation, qui mouraient dans leur exil, n'étaient point inhumés de plein droit sans autorisation ; il fallait, pour les ensevelir et les ramener sur le sol de la patrie, le consentement du prince (5).

Notons ici que lorsqu'un père de famille décédé avait été condamné pour crime de haute trahison, le fisc s'emparait de ses biens, et ses enfants perdaient le *jus sepulcri* (6).

(1) Henriot, Mœurs juridiques et judiciaires de l'ancienne Rome, 1865. Attentats contre les personnes. Parricide, t. II, p. 179.

(2) Id. t. III, p. 369, appendice sur le parricide. — Paul Sent., liv. V, tit. 24, § 1.

(3) D. liv. XLVIII, tit. 24.

(4) L. 1, de cadav. punit.

(5) L. 2, D. de cadav. punit. — Marquardi Freheri παρέργων seu verisimilium, lib. I, cap. 25 : Otton, t. I, p. 896.

(6) L. 1, § 3, D. de suis et legitimis heredibus. — L. 2, ad leg. Jul. Majestat. — Instit. § 5, de hered. quæ ab intest.

11. — Il y avait certains cas où la sépulture, sans être absolument refusée, était temporairement différée. Citons l'hypothèse très spéciale prévue par la loi *Regia* qui s'oppose à l'inhumation d'une femme enceinte avant que l'enfant ait été retiré de son sein (1).

12. — A l'origine, les créanciers, dans la crainte de n'être pas remboursés, et prétendant user de tous les moyens pour faire reconnaître leurs droits, allaient jusqu'à s'emparer du cadavre de leur débiteur, et le retenaient tant que ses parents ne leur consentaient pas une promesse de remplir son obligation ; parfois même ils en arrivaient à mutiler le corps du défunt. Les traces de cette regrettable coutume se retrouvèrent encore sous le Bas-Empire, et des lois spéciales furent édictées pour y mettre fin (2). L'empereur Justin ordonna d'annuler tout ce qui avait été fait avant l'inhumation dans cet ordre d'idées, soit un payement, soit la constitution de gages, soit la prise de cautions et de fidéjusseurs ; il prononçait en outre contre les créanciers trop exigeants une amende de 50 livres d'or, qui pouvait être changée en une peine corporelle par le juge compétent (3). Justinien aggrava encore ces pénalités : il enleva au créancier le bénéfice de l'action qu'il avait contre les héritiers du défunt, et il autorisa ceux-ci à exiger du délinquant une somme égale à celle réclamée par lui ; il le déclara enfin noté d'infamie, et confisqua le tiers de ses biens (4).

(1) L. 2, D. de mort. inferendo.

(2) Gerardi Noodt Opera, 1724. Commentarium Justiniani, liv. XI, t. 7, in fine. — Mgr Baunard, Histoire de saint Ambroise, 1871. Liv. II, chap. III, p. 147.

(3) L. 6, C. de sepulc. violat.

(4) Novelle LX.

13. — En résumé, à part des cas très rares, on ne trouve guère dans la législation romaine d'exemples de privation de sépulture. C'est bien là la conséquence des idées que nous avons précédemment analysées. Le christianisme des premiers siècles lui-même, malgré la ferveur de son esprit de prosélytisme, recula le plus souvent devant cette peine rigoureuse : il permettait de rendre aux hérétiques et aux manichéens les honneurs funèbres (1).

§ II. — *Toute personne peut donner la sépulture.*

14. Intention d'honorer le défunt.
15. Absence de caractère solennel.
16. Le lieu religieux. Transition.

14. — Ainsi que nous l'avons dit, c'est excellemment un acte pieux ; or le fait de l'opérer a pour conséquence de rendre religieux le terrain dans lequel est déposé le cadavre.

« *Unusquisque sua voluntate facit locum religiosum* » (2). Toutefois, pour qu'il y ait sépulture véritable, il faut qu'elle soit donnée dans le but de rendre les devoirs au mort et d'honorer sa mémoire. Ainsi l'enfouissement fait par des voleurs d'une personne qu'ils auraient assassinée, ne constituerait pas une sépulture (3).

15. — Dans le droit primitif de Rome, pour qu'une chose devînt sacrée, il fallait la volonté du peuple manifestée par une loi ou un sénatus-consulte ; pour rendre un terrain religieux au contraire, il suffisait que la personne chargée des

(1) L. 9, C. de hæret. et manich. Cujas a restitué cette constitution qui manquait dans les précédentes éditions. (Recitationes in libros priores. IV codicis tit. v., Cujacii Opera, 1795, t. X, p. 782.)

(2) Instit. § 9 de rer. div.

(3) Ant. Fabri Opera, 1659. Rationalia. de relig. § 4.

funérailles du défunt y inhumât son corps. Il n'y avait donc aucun caractère d'un acte solennel quelconque (1). Dans les provinces, la question aurait pu présenter quelque difficulté : là, en effet, le peuple ou l'empereur sont seuls propriétaires, les particuliers sont considérés comme n'ayant qu'une sorte de possession. Néanmoins, il était décidé que le terrain où l'on déposait un mort était tenu pour religieux, de même que tout ce qui y était consacré sans l'*auctoritas populi romani* n'en était pas moins tenu pour sacré (2).

16. — Cette règle n'a point varié avec les transformations du droit. Dès qu'un lieu a reçu le corps ou les cendres d'un homme, il devient religieux ; la *res religiosa* existe, le sépulcre est constitué (3), et prend l'état juridique dont nous parlerons plus tard. Il faut toutefois que se trouvent remplies certaines conditions dont l'étude va nous fournir l'objet des quatre sections du chapitre suivant.

(1) Keller, Procédure des actions chez les Romains, édit. 1870, § XXIV, note 292.

(2) Gaius, Instit. II, 7. — Beaudoin, Etude sur le jus italicum. Revue historique de droit français, 1881, p. 179.

(3) D. de relig. l. 2, § 5. — De sepulch. viol. l. 3, § 2.

CHAPITRE II.

DES CONDITIONS CONSTITUTIVES DU LIEU RELIGIEUX.

SECTION Ire.

Ire Condition : Inhumation réelle.

17. Le corps doit être inhumé en entier ou en partie. *Os resectum.*
18. Inhumation par parties dans différents tombeaux.
19. Quel sera le vrai sépulcre ?
20. Le pourtour du sépulcre est, par voie de conséquence, *locus religiosus.*
21. Délimitation de ce pourtour. Controverse.
22. Distinction entre le sépulcre et le monument.
23. Distinction entre le monument et le cénotaphe.
24. Deux sortes de cénotaphes.
25. Le cénotaphe tenant provisoirement lieu de sépulcre est-il religieux ? Exposé des opinions contradictoires de Marcien et d'Ulpien.
26. Explications données pour les concilier.
27. 1er Système. On suppose le cénotaphe détruit.
28. 2e Système. Attribution à Marcien de la loi 7, D. de rer. div.
29. 3e Système. Distinction entre les cénotaphes élevés *pietatis causâ.*
30. 4e Système. Influence des littérateurs et du droit pontifical.
31. Opinion déclarant religieux les divers cénotaphes des hommes illustres.
32. Sens étrangers des expressions « monument » et « cénotaphe ».

17. — Le cadavre doit être réellement inhumé dans le lieu de sépulture (1). Il n'est pas nécessaire cependant qu'il y repose tout entier ; par le fait des circonstances, peut-être n'a-t-on pu en conserver ou retrouver que des débris : ainsi

(1) Nous prenons ici le mot « inhumation » dans son sens générique, sans distinguer entre l'inhumation proprement dite et la crémation. Ces deux modes de sépulture paraissent avoir existé de tout temps à Rome, et la loi des XII Tables les place au même rang. Le premier, toutefois, était le plus ancien ; le second ne fut

en cas de guerre, de navigation ou d'expédition lointaine. Lorsque l'usage s'introduisit de brûler les morts, on mit de côté un os ou un membre, appelé pour cela « *os exceptum*, *os resectum* (1) » : cet os était réuni aux cendres et placé avec elles dans le tombeau. Les prescriptions du rituel se trouvaient ainsi conciliées avec la crémation. Dès lors la sépulture était régulière.

18. — Il peut arriver que le corps soit divisé et déposé par parties dans différents endroits. Cela résulte de l'effet du hasard ou d'une combinaison voulue, *casu vel industriâ*, comme le remarque Van Bynkershoek (2).

Claudien dit à propos du cadavre de Rufinus :

> « ....Jacet, en, qui possidet orbem,
> Exiguæ telluris inops, et pulvere raro
> Per partes tegitur, nusquam totiesque sepultus » (3).

Dans ce cas, il n'y aura qu'un lieu religieux proprement dit, en vertu du principe qu'une sépulture ne peut se composer de plusieurs sépulcres : « *Una sepultura plura sepulchra efficere non potest* » (4). Gregorius Haloander et Hugo a

vraiment mis en honneur qu'à l'époque de Sylla qui, au témoignage de Pline, fut le premier membre de la *gens Cornelia* à l'adopter. (Commentaire de Balduinus sur la loi des XII Tables, chap. XXXI : Heineccius, jurisprudentia romana et attica, (Leyde, 1738, t. I, p. 119.) Dès lors la crémation fut la coutume presque générale, jusqu'aux jours du christianisme; il n'y avait guère à être inhumés que les enfants morts sans avoir encore de dents et les victimes de la foudre. Quelques rares familles cependant conservèrent l'antique usage de l'inhumation. Sous l'influence des idées chrétiennes, celle-ci redevint habituelle, et Macrobe nous apprend qu'au temps de Théodose, la crémation avait entièrement disparu. (Macrobe, Saturnales, liv. VII, chap. 7.)

(1) Cicéron, de legibus, II, 22. — Festus, v° Membrum.

(2) Van Bynkershoek. Leyde, 1767. Observ. juris Romani, liv. I, ch. V

(3) Claudien, in Rufinum, liv. II, v. 451.

(4) D. l. 44, § 1, de religiosis.

Portâ lisent « *unius sepultura* » (1) : l'expression présente le même sens, et précise encore davantage la pensée du législateur. « *Una est sepultura quæ unius est,* dit Cujas ; *ut una tutela, quæ unius pupilli ; una noxa, quæ unius servi* » (2).

19. — Mais quel sera le vrai sépulcre ? Celui qui renferme la principale partie du corps, c'est-à-dire la tête, au témoignage de Paul (3). C'est elle en effet dont l'image sert à faire reconnaître la personne : c'est elle que l'on représente dans les médailles (4) ; c'est elle que l'on reproduit dans les cortèges funèbres pour rappeler le souvenir du défunt (5). « A la tête on distingue la personne, dit un commentateur (6) : « par exemple après le combat, car la nature, par un secret « admirable, nous a donné à chacun un visage différent, qui « nous permet d'être reconnu au milieu de la foule immense « de nos semblables. »

20. — En principe, il n'y a de vraiment religieux que l'endroit même où le mort est inhumé. « *Non totus, qui sepulturæ destinatus est, locus religiosus fit, sed quatenus corpus humatum est* » (l. 2, de relig. D. § 5). Mais, en fait, ce caractère s'applique au terrain qui comprend l'entrée (*aditus*) et le pourtour du sépulcre (*ambitus*), en un mot à l'espace nécessaire à l'accomplissement des rites funèbres. Le plus

(1) Van Bynkershoek, *loc. cit.*

(2) Cujas, Comment., liv. III, quæst. Paul. Explic. l. 44, D. de relig. Œuvres, t. V, p. 907.

(3) D. l. 44, de relig.

(4) Pothier. Pandectes, l. 44, de relig. — Cujas, *loc. cit.*

(5) Cujas, Comment. Papin. liv. III. Explic. l. 73, de contrah. empt. Œuvres, t. IV, p. 873.

(6) Henricus à Suerin. Repetitæ lectiones juris, ch. II : Otton, Thesaurus, t. IV, p. 7.

souvent d'ailleurs, cet espace était entouré de murs, et l'inscription du sépulcre en délimitait la superficie, par exemple : « IN . FR . P . X . IN . AGR . P . XX . » *In frontem* (en longueur) dix pieds : *In agrum* (en profondeur) vingt pieds (1).

21. — La délimitation était habituellement faite par le défunt lui-même :

> Mille pedes in fronte, trecentos cippus in agrum
> Hic dabat, heredes monumentum ne sequeretur (2).

Certains auteurs en ont conclu qu'il fallait avant tout savoir si le testateur avait ou n'avait pas exprimé sa volonté à ce sujet (3). A-t-il lui-même délimité le terrain que doit occuper sa sépulture ? Tout l'espace désigné deviendra religieux, car : « *unusquisque sua voluntate facit locum religiosum* » (§ 9, *Inst. de rer. div.*). — S'est-il au contraire abstenu de faire cette désignation ? Le terrain immédiatement en contact avec le cadavre sera seul religieux : « *quatenus corpus humatum est* ». — A défaut du testateur, la personne qui inhume pourrait-elle faire cette délimitation elle-même ? Après hésitation, A. Faber lui refuse ce droit : de même, ajoute-t-il, que les biens vacants appartiennent au premier

(1) « La dimension des enclos funéraires variait à l'infini. Depuis les plus petits, formant des carrés de 12 ou de 16 pieds, jusqu'à ceux qui se mesuraient par plusieurs arpents et formaient de véritables parcs (Orelli, 4349.4369.4371), il y en avait de toutes les grandeurs et de toutes les formes. Il semble que 30 pieds carrés était la dimension moyenne ; Cicéron propose qu'un terrain de cette étendue soit assigné, aux frais de l'État, pour la sépulture de Servius Sulpicius Rufus, mort au service de la République. Philipp. IX, 7. — Paul Allard. Histoire des persécutions pendant la première moitié du IIIe siècle. 1886. Appendice, p. 444.

(2) Horace, liv. I. Satir. 8.

(3) A. Faber, Rationalia, de relig. § 4. — Paganinus Gaudentius. Juridicæ expositiones, liv. I, ch. XV : Otton, Thesaurus, t. III, p. 356.

occupant, ainsi le corps du défunt fait sien l'emplacement seul où il est déposé.

D'autres auteurs ne font point la distinction que nous venons d'indiquer, et interprètent en toutes hypothèses le texte de la loi 2, § 5, *de religiosis*, dans le sens le plus strict (1).

Nous pensons, quant à nous, qu'on ne doit pas lui donner une telle rigueur (2). S'il en était ainsi, lorsque l'usage de la crémation fut établi à Rome, il n'y aurait eu de religieux dans le sépulcre que la très petite partie du sol sur laquelle repose l'urne funéraire. Sans doute, c'est bien là le lieu religieux proprement dit ; mais par extension il faut considérer comme tel le terrain environnant. Les textes eux-mêmes le prouvent, puisqu'ils attachent le caractère sacré non seulement à la terre qui reçoit le cadavre, mais au monument qui le recouvre. L'édifice, ainsi que nous le verrons, fait corps avec elle ; et tout ce qui a été employé pour sa construction suit la condition religieuse du sol (3). En dehors des limites du sépulcre, la propriété demeure profane et libre, et il ne faut point confondre avec le lieu de la sépulture

(1) Cujas, Comment. liv. III, quæst. Pauli. l. 40 de relig. t. V, p. 903. — Brissonius, Select. antiq. Leyde, 1749, lib. II, c. 15. — Kirckmann, l. III, de funeribus rom. c. 24.

(2) Doneau, Jus civ. Rome, 1828, liv. IV, ch. I, n° 25.

(3) Nous ne saurions admettre l'opinion qui suppose qu'au moyen d'une cérémonie accessoire et spéciale, le caractère religieux pouvait être appliqué à l'immeuble tout entier. Pour faire d'un *locus* déjà *religiosus*, un *locus sacer*, il aurait fallu, suivant cette opinion, dédier le tombeau à quelqu'une des divinités supérieures, telle que Diane, Vénus, Cybèle, etc. (Orelli, 4456, 4457, 4584, 4588), le mettre en quelque sorte sous un patronage plus haut que celui des dieux mânes. Cette consécration du lieu funéraire, impliquant l'intervention directe des pontifes, ne paraît point avoir été pratiquée ; elle eût tout au moins été inutile, car il était facile d'assurer, par dispositions testamentaires, l'inviolabilité à toutes les dépendances d'un sépulcre. En outre, il nous semble impossible d'établir là une différence entre les expressions *locus religiosus* et *locus sacer*, qui, comme nous le verrons (n° 29), sont habituellement prises dans le même sens. — (Paul Allard, op. cit. p. 460.)

le terrain qui lui est contigu. « *Agrum purum monumento cohærentem profani juris esse ; ideoque efficaciter venundari, non est opinionis incertæ* » (1).

22. — L'inhumation étant nécessaire pour qu'un lieu devienne religieux, nous devons en conclure que l'édifice où les restes d'un mort n'ont pas été déposés n'est point un sépulcre. Il faut n'y voir qu'un simple monument. Disons donc que si, dans un sens général, tout sépulcre est un monument, à l'inverse, dans un sens restreint et juridique, tout monument n'est pas un sépulcre.

Le monument peut être destiné à recevoir plus tard un cadavre ; ce sera un tombeau dans lequel personne n'a encore été enterré et qui deviendra sépulcre après l'inhumation. Ce peut aussi être un sépulcre ancien d'où l'on a enlevé la dépouille qu'il renfermait.

23. — Tout autre est le genre de monument appelé cénotaphe. Celui-ci n'est point destiné à la sépulture ; il est seulement élevé pour honorer la mémoire du défunt. C'est l' « *inane sepulcrum* », le « *nudus tumulus honorarius* » (2), le « Ψευδοταφιον » (3), des Grecs, le « *monumentum memoriæ causa positum* » (4).

On voit par là que si souvent les deux expressions de monument et de cénotaphe sont prises l'une pour l'autre, elles ne doivent cependant pas avoir la même signification, malgré l'opinion contraire de certains auteurs (5). Le monument

(1) L. 9, C. de relig.

(2) Suétone. Claude. I.

(3) Philostrate, de vit. Apoll., VIII, 13. — J. Lipsius, Opera, 1613. Ad. lib. III. Annal. Tacit.

(4) L. 42, D. de religiosis.

(5) A. Faber. Rationalia, de relig. § 4.

peut devenir ou a été sépulcre ; le cénotaphe ne l'a jamais été et ne le deviendra pas.

24. — Distinguons deux sortes de cénotaphes :

1° Le cénotaphe élevé dans le but unique d'honorer le défunt. Ses restes reposent ailleurs, dans le vrai sépulcre ; l'édifice est seulement érigé pour transmettre sa mémoire à la postérité. Ainsi fait-on souvent pour les personnages illustres, les empereurs, les hommes qui ont bien mérité de la patrie. Parfois la construction est ordonnée par un décret, et faite avec les deniers de l'Etat. C'est alors une dette glorieuse qui s'impose à la reconnaissance publique : « *munus gloriæ* », dit Cicéron (1).

2° Le cénotaphe élevé dans le but de remplir un devoir de piété. Nous savons que les croyances romaines n'admettaient le repos éternel pour le défunt qu'après l'accomplissement de la *justa sepultura*. Or il pouvait se faire que la dépouille fût perdue, ou tout au moins ne fût pas encore retrouvée. C'est ce qui arrivait, par exemple, lorsque l'individu était mort à la guerre, ou à l'étranger, ou dans un naufrage :

« Et laceras nuper tabulas in littore vidi,
« Et sæpe in tumulis sine corpore nomina legi (2).

Alors le cénotaphe pouvait en quelque sorte tenir lieu de sépulcre. L'âme du mort n'était plus errante : sa mémoire était honorée et sa famille cessait d'être condamnée à demeurer « *funesta* ».

25. — Mais faut-il en conclure que le monument ainsi

(1) Cicéron, Philipp. XIV, 13.
(2) Ovide, Métamorph. liv. XI, v. 428.

érigé était, au point de vue juridique, assimilé au sépulcre, et que, comme lui, il devenait lieu religieux?

La question divisa à Rome les deux jurisconsultes Marcien et Ulpien. Le premier prétendait que le cénotaphe était *res religiosa*, et s'autorisait du passage suivant de Virgile :

> Hectoris ad tumulum, viridi quem cespite inanem,
> Et geminas, causam lacrymis, sacraverat aras (1).

« *Cenotaphium quoque magis placet locum esse religiosum, sicut testis in ea re Virgilius* » (l. 6, § 5, D. *de div. rer.*). — Ce texte est tiré de son livre III *Institutionum* qui traite *ex professo* de la division des choses, des lieux religieux, de la distinction entre les sépulcres et les cénotaphes, ainsi qu'en font foi plusieurs lois extraites de ce livre, par exemple les lois 2, 4, 6, D. *de div. rer.*, 39 *de religiosis*, 7 *de sepulchr. violat.*

Le second soutenait au contraire que le cénotaphe n'était point un lieu religieux, et s'appuyait sur l'autorité assurément décisive d'un rescrit des empereurs Marc-Aurèle et Verus. Nous trouvons son assertion formulée dans deux passages de son livre XXV *ad Edictum*. Dans l'un (l. 7, D. *de div. rerum*) il relate seulement le rescrit des empereurs ; dans l'autre (l. 6, § 1, D. *de relig.*) il ajoute son opinion personnelle et déclare expressément que le cénotaphe peut faire l'objet d'une vente, puisqu'il n'est pas religieux : « *Si cenotaphium sit, posse hoc venire dicendum est* ».

Justinien, dans la rédaction du titre *de divisione rerum* du Digeste, mentionne les opinions contraires des deux jurisconsultes et déclare la question forcément tranchée dans le sens d'Ulpien par le rescrit de Marc-Aurèle.

(1) Enéide, liv. III, v. 604.

26. — Les commentateurs se sont demandé comment, en présence de ce rescrit, Marcien avait pu soutenir que le cénotaphe était un lieu religieux.

Pour expliquer le fait, certains ont supposé que le jurisconsulte vivait antérieurement aux empereurs (1), sous Antonin le Pieux. C'est une erreur historique. Nous savons qu'il était contemporain d'Alexandre Sévère auquel il a survécu, qu'il commenta certains passages de Papinien, et par conséquent écrivit longtemps après Marc-Aurèle.

D'autres ont dit qu'il pouvait ne pas avoir eu connaissance de cette décision. Suivant eux, cette ignorance n'aurait rien eu de surprenant en raison du nombre prodigieux de rescrits rendus à cette époque. C'était, en effet, le temps dont parle Tertullien, où « *totam illam veterem et squalentem silvam legum novis Principalium rescriptorum et edictorum securibus truncabant et cædebant* » (2).

Ils constatent dans diverses circonstances un défaut de savoir analogue, très excusable à leurs yeux, chez plusieurs jurisconsultes de cette période du droit (3).

Cet oubli des textes nous semble difficile à admettre de la part de Marcien, d'autant plus qu'il lui arrive souvent dans ses œuvres de citer des édits de Marc-Aurèle et de Verus. Nous en trouvons même la preuve dans ce livre III *Institutionum* d'où sont tirés les passages qui nous occupent, par exemple la loi 39, D. *de religiosis*.

Afin de concilier les textes d'Ulpien et de Marcien, plusieurs autres explications ont été présentées par nombre de commentateurs, et l'un d'eux, Godefroy, a fait de cette question

(1) Doneau, Comment. 3, I, n° 4.

(2) Van Bynkershoek. Observat. juris rom. liv. I, ch. 5.

(3) Cujas, Comment. l. 10 pr. D. de pact. ; sur la loi 58, § 1. D. Mandat.

l'objet spécial d'une dissertation complète (1). Examinons quelques-uns des systèmes proposés.

27. — 1° Rejetons d'abord celui qui distingue, suivant que le cénotaphe est debout ou a été détruit. Marcien, d'après ce système, n'aurait eu en vue que la seconde hypothèse. On ne trouve trace de cette distinction, ni dans Ulpien ou Marcien, ni ailleurs. Nous savons, du reste, qu'une fois la condition religieuse attachée au terrain, peu importe que l'édifice subsiste ou non. Si donc le cénotaphe était religieux dès le principe, il devrait l'être encore après sa destruction.

28. — 2° Le système suivant ne paraît pas plus soutenable ; il repose sur une correction de textes.

On attribuerait la loi 7, D. *de rer. div.*, non pas à Ulpien, mais à Marcien, auteur de la loi 6 qui précède. Mais cette loi 7 est considérée comme due à Ulpien dans toutes les éditions du Digeste, particulièrement dans la Florentine. Au demeurant, si elle était du même auteur que la précédente, elle aurait pris corps avec elle, car elle n'en est que la rectification ; elles se présenteraient toutes deux sous le même texte. Objectera-t-on que les lois 7, D. *de rer. div.* et 6, § 1, *de religiosis*, se rapportent au même ordre d'idées ? Sans doute, et cela n'a rien d'étonnant, puisqu'elles figurent dans des titres différents. Remarquons toutefois qu'elles ne sont pas absolument semblables. Tribonien, dans sa rédaction, a fait là comme dans maints endroits du Digeste : il s'est montré plus explicite dans la loi 6, § 1, *de relig.* que dans la loi 7 *de div. rer.*

29. — 3° D'après un autre système, dont Alciat, semble-t-il, a eu la première idée, les textes en question viseraient deux

(1) Jacobus Gothofredus. Opera juridica. Leyde, 1733. Diatriba de Cenotaphio.

espèces différentes de cénotaphes (1). Marcien parlerait du cénotaphe dont il s'agit dans le passage de Virgile, cénotaphe placé « *ad geminas aras* », consacré par cela même, et constituant un véritable lieu religieux. Les empereurs Marc-Aurèle et Verus, au contraire, et Ulpien après eux, s'occuperaient du cénotaphe vulgaire, élevé, par exemple, à la mémoire d'une personne morte à l'étranger. Pour expliquer cette divergence de points de vue, les uns rejettent la faute sur Marcien, les autres sur Tribonien quand il rédigea le Digeste. Les premiers accusent Marcien d'avoir étendu au droit commun l'hypothèse très spéciale dont il est question dans Virgile, celle d'un cénotaphe placé dans un lieu déjà consacré, et d'en avoir tiré cette fausse conséquence générale que tout cénotaphe est lieu religieux. Les seconds reprochent à Tribonien seul de n'avoir pas fait ressortir dans sa rédaction que l'opinion de Marcien se restreignait au cas particulier d'un monument ayant tous les caractères apparents d'un vrai sépulcre.

Disons encore que cette interprétation n'est point satisfaisante. Sans prendre parti pour Marcien ou pour Tribonien, avouons qu'il est difficile d'établir une distinction dans les cénotaphes élevés *pietatis causâ* ; comment reconnaître ceux qui seraient déjà religieux de ceux qui seraient profanes ? Où trouver le germe d'une telle classification ? Ajoutons d'ailleurs que l'opinion de Marcien, telle qu'elle nous est présentée, ne nous semble pas admissible. En effet, de ce qu'un cénotaphe est élevé dans un lieu sacré, auprès de deux autels, comme dans Virgile, il ne s'ensuit pas, croyons-nous, qu'il devienne religieux. Il y a une différence à faire entre un tombeau religieux par lui-même et un tombeau renfermé dans un lieu

(1) Scipionis Gentilis Parergorum ad Pandectas, lib. II., c. 16 : Otton, Thes., t. IV, p. 1334.

sacré. Le cénotaphe d'Hector pouvait être sacré, comme étant érigé dans un *lucus*, mais nullement religieux, puisqu'il ne renfermait pas la dépouille du héros (1). Allons plus loin : si la distinction dont nous parlons était vraiment dans la pensée de Marcien, il nous paraîtrait avoir d'autant plus mal choisi son exemple qu'il aurait pris au pied de la lettre les expressions de Virgile : « *sacraverat aras* ». Il faut en effet se rappeler qu'aucune personne ne peut, de son autorité privée, consacrer un objet quelconque ; Virgile n'entendait point dans ses vers déroger à cette règle absolue. Andromaque, en élevant les deux autels, accomplissait simplement un vœu, un acte religieux, mais elle ne les consacrait point elle-même, n'en ayant pas le pouvoir. Les termes de *sacrata*, *sacra*, *consecrata*, *religiosa* sont souvent pris indifféremment les uns pour les autres, non seulement chez les poètes, mais chez les jurisconsultes. Marcien, dans notre cas, aurait donné au mot « *sacrare* » un sens trop exclusif.

30. — 4° Cherchons dans un autre ordre d'idées une explication plus plausible. L'influence exercée sur le droit à Rome par les littérateurs et les poètes était considérable; Homère et Virgile en particulier étaient fréquemment appelés en témoignage. Sans doute ils ne faisaient point autorité absolue dans la science juridique, mais leurs assertions étaient l'écho de la tradition, et par cela même avaient une importante valeur auprès des jurisconsultes. Dans l'hypothèse qui nous occupe, Marcien, en citant Virgile, n'a point la prétention de le donner comme un interprète du droit civil ; il constate seulement les coutumes et usages rapportés par lui. Ce n'est point, du reste, le

(1) Paganinus Gaudentius, Juridicæ expositiones, liv. I, ch. XVI : Otton, Thes., t. III, p. 357.

seul passage du poète sur ce sujet (1). Or, d'après les usages vraiment passés dans les mœurs, le cénotaphe avait tellement de points de ressemblance avec le sépulcre, qu'en réalité le droit pontifical ne les distinguait point. C'étaient les mêmes cérémonies accomplies, les mêmes paroles prononcées, les mêmes effets produits. En présence du cénotaphe comme en présence du sépulcre, les mânes étaient évoqués, les libations répandues, les sacrifices offerts; après quoi, les ombres étaient délivrées des enfers. D'après le droit pontifical encore, on jetait de la terre sur le cénotaphe, comme si le corps était réellement présent, et les conséquences étaient les mêmes que s'il s'agissait d'une *justa sepultura*.

Cette assimilation étant si complète, il ne faut pas s'étonner que certains auteurs aient considéré le cénotaphe comme religieux et aient fait passer dans le droit usuel les règles et usages du droit pontifical. Objectera-t-on, d'après la loi 44 *de Relig.*, qu'il ne peut y avoir plusieurs sépulcres pour une même sépulture? Mais, dans notre espèce, qui est celle d'un monument érigé *pietatis causâ*, il n'y a même pas de sépulture, puisqu'il est élevé à la mémoire d'une personne dont le corps n'a pas été retrouvé. On ne peut, d'autre part, nous opposer le rescrit des princes. Leur décision n'a que la portée restreinte de celles rendues sous cette forme ; autre chose serait si elle faisait l'objet d'une constitution ou d'un édit : présentée dans un rescrit, la question ne concerne qu'un cas particulier, elle n'est pas tranchée d'une manière générale, et les jurisconsultes à venir étaient encore libres de la discuter.

Marcien opta pour le système qui décidait en faveur de la religion et devait par là même plaire aux théologiens. Ulpien

(1) Cf. Enéide, liv. VI, v. 374 et 505 ; liv. IX, v. 213.

préféra l'opinion contraire, se fondant sur les règles strictes du droit civil ; et Tribonien, ayant à se prononcer en rédigeant le Digeste, prit parti pour Ulpien.

31. — D'après une opinion isolée, que nous relatons sous toutes réserves, il faudrait regarder comme religieux les monuments élevés en l'honneur des hommes illustres, particulièrement des héros, en un mot des personnages en dehors du commun de l'humanité. Si leur dépouille était inhumée en différents endroits, on pourrait concevoir, suivant le même auteur (1), que chaque lieu devînt religieux. Ainsi le tronc de Pompée ayant été enterré sur le rivage et sa tête ailleurs, les deux tombeaux auraient été également religieux. Nous tenons cet avis comme fort sujet à caution ; le jurisconsulte ajoute d'ailleurs que le cas lui paraît exceptionnel.

32. — Dans un sens absolument étranger à celui que nous venons d'étudier, on trouve parfois l'expression « *monumentum* » comme synonyme de « *munimentum sepulcri,* » et on comprend ainsi les ouvrages destinés à protéger le sépulcre, les galeries ou murailles établies à une certaine distance du fonds contigu (2).

Consignons en même temps deux sens très spéciaux du mot cénotaphe. Chez certains auteurs grecs, ce nom est donné aux images ou représentations des morts, et surtout des rois défunts (3). Enfin les pythagoriciens appelaient ainsi les monuments qu'ils élevaient comme à des morts à ceux qui avaient abandonné l'étude de la philosophie (4).

(1) Paganinus Gaudentius, loc. cit.

(2) Cujas, Comment. liv. X, quæst. Pap. explic. l. pacta conventa. Op. t. IV, p. 236.

(3) Gothofredus. De cenatophio, op. cit.

(4) Clément d'Alexandrie. Stromatum, lib. V.

SECTION II.

2me Condition : Inhumation faite à perpétuelle demeure.

33. Intention de perpétuité.
34. Effet de la sépulture provisoire.
35. Le caractère religieux une fois imprimé est en principe indélébile.

33. — La sépulture a pour but de donner au mort une demeure éternelle ; en descendant au tombeau, il doit être assuré d'y trouver le repos, et de ne pas être troublé dans sa quiétude. Le vrai sépulcre est par conséquent établi en vue d'une destination permanente ; c'est une condition nécessaire pour qu'il ait le caractère religieux. Celui qui fera l'inhumation aura donc le devoir d'y attacher cette perpétuité : ce sera toujours pour lui une question d'intention. Tel en effet peut déposer un cadavre dans un mausolée somptueux ayant toutes les apparences d'une sépulture régulière, mais s'il ne compte pas l'y laisser à perpétuelle demeure, le lieu restera néanmoins profane. Tel autre au contraire inhumera dans un simple sarcophage portatif, et cependant fera une sépulture religieuse, s'il a l'intention de ne point en retirer le corps (1).

34. — L'inhumation provisoire d'un cadavre que l'on compte transporter ailleurs laisse donc au terrain son caractère profane (2). Ce n'est pas une sépulture : c'est un dépôt temporaire qualifié habituellement des expressions *commendare, deponere.*

(1) Rudulphi Fornerii rerum quotidianarum, lib. III, ch. VI : Otton, t. II, p. 260.

(2) L. 40. D. de relig. — L. 10, C. eod. tit. — L. 3, § 4, D. de sepulch. violat — Basiliques, liv. LIX, tit. I, ch. X.

35. — Le caractère religieux, une fois attaché au lieu de sépulture, ne pourra se perdre : nous pouvons à la vérité dire du sépulcre ce que disent les textes d'un édifice sacré en général, qu'aucune force extérieure, ni l'action du temps, ni un tremblement de terre, ne lui enlèveront sa condition (1). Comme nous venons de le remarquer, il en sera de même de l'*arcula* (l. 39, D. *de relig*)., tombeau habituel des pauvres et des gens de la plèbe, de ce modeste sarcophage, ainsi nommé, dit Cujas (2) d'après le témoignage de Pline et de Sénèque (3), parce qu'il était fait avec une pierre d'Asie qui avait la propriété de réduire rapidement les corps à l'état de squelettes.

N'allons pas toutefois conclure de ce qui précède que le caractère religieux ne puisse jamais être enlevé à un lieu de sépulture. Ce que la volonté a produit, la même volonté peut le détruire ; mais nous verrons, en parlant de la translation de sépulture, qu'il faut pour cela une raison sérieuse et l'autorisation du pouvoir.

SECTION III.

3me Condition : Inhumation faite conformément au Droit.

36. — Respect du droit des tiers.

36. — Dans ces termes généraux nous voulons exprimer cette idée que la sépulture ne doit en rien léser les droits acquis à des tiers. Sans doute, il peut se faire qu'accidentelle-

(1) L. 73 pr. D. de contrah. empt. — Instit. § 8 in fine, de div. rerum.
(2) Cujas, Observ. liv. XXI, ch. XIII.
(3) V. aussi Lucain, liv. VIII, v. 736 ; — Horace, Sat. l. 8.

ment ces droits s'effacent devant le haut intérêt religieux en question (*favor religionis*). Mais là n'est point le cas habituel ; à l'ordinaire cet intérêt doit respecter les prérogatives indiscutables de la propriété d'autrui. Pour que le lieu devienne religieux, il faut donc que l'auteur de l'inhumation ait vraiment le pouvoir de la faire sans trouver obstacle dans des droits contraires, et que son droit personnel d'inhumer ne soit pas susceptible d'être mis en doute, comme il arrive dans certaines hypothèses que nous allons bientôt envisager. En principe, lorsque rien ne s'y oppose, tout terrain, nous le savons, peut devenir lieu de sépulture. Distinguons néanmoins, suivant qu'il est ou n'est pas la propriété du défunt, et examinons successivement les deux cas.

ARTICLE I.

Inhumation faite dans un terrain appartenant au défunt.

Cette inhumation sera faite par l'héritier ou par toute autre personne.

§ I. — *Par l'héritier.*

37. Le terrain est choisi soit par le défunt, soit par l'héritier.
38. L'inhumation pratiquée par ce dernier avant l'adition d'hérédité n'implique pas acceptation de sa part.
39. L'héritier peut établir la sépulture à son choix, même sur un terrain faisant l'objet d'un legs, et dans quelles circonstances.
40. Dans ce cas, indemnité est-elle due au légataire ? Distinction.
41. Montant de cette indemnité.
42. Le légataire l'obtient par l'*actio utilis ex testamento*.

37. — C'est l'hypothèse la plus normale et la plus fréquente. Le défunt aura manifesté sa volonté par testament ou de toute autre manière, et indiqué lui-même le fonds qu'il destine

à devenir son lieu de repos. Cette déclaration concorde très bien avec l'idée que le mort est propriétaire de sa sépulture; il détermine à son choix, et s'assure, parmi les biens qu'il possède, une demeure éternelle dont il aura la propriété aussi inviolable que pendant sa vie. Le lieu de l'inhumation d'un mort, dit la loi 4, D. *de Relig.*, est censé naturellement lui appartenir, surtout s'il l'a choisi lui-même pour sa sépulture.

38. — Mais il n'est pas nécessaire que ce choix ait été fait par lui ; l'héritier, continuateur de sa personne, y suppléera, qu'il soit investi ou non de la succession. En procédant à cette inhumation avant l'adition d'hérédité, il ne faut pas croire que celui-ci fasse acte d'héritier, et qu'il renonce par là à délibérer pour savoir s'il acceptera la succession. On ne peut induire de ce fait l'acceptation de l'hérédité : les textes le disent formellement (1). Néanmoins, pour plus de sûreté et pour se prémunir contre l'accusation de s'être immiscé dans la succession, quand ce n'était pas son intention, l'héritier a l'habitude de déclarer devant témoins qu'il agit uniquement *pietatis aut custodiæ causâ*, et de réserver ainsi expressément sa liberté (2).

39. — L'héritier choisira à son gré parmi les biens de la succession le lieu de sépulture du défunt ; il peut même l'établir sur un terrain dont ce dernier aurait par testament légué la propriété ou l'usufruit. Il faut toutefois pour cela qu'il y ait impossibilité d'inhumer ailleurs, ou tout au moins que le lieu en question se trouve dans des conditions exceptionnellement favorables pour devenir sépulcre.

(1) D. l. 4. l. 14, § 8, de relig.
(2) D. l. 14, § 8,de relig., l. 20, § 1 ; de acquir. vel omitt. hered.

40. — L'héritier ne sera donc pas arrêté par les termes du testament ; mais devra-t-il indemniser le légataire ? Distinguons. Non, si le défunt a déclaré lui-même vouloir être enterré dans cet endroit, auquel cas le légataire devra supporter la sépulture comme une condition de son legs, et ne peut rien réclamer ; oui, si l'héritier fait l'inhumation de son propre mouvement, mais seulement jusqu'à concurrence des ressources qu'il trouvera dans la succession. Il serait injuste, en effet, que cette charge lui devînt personnelle (1).

41. — Quel sera le montant de l'indemnité ? — Il faudra donner au légataire du fonds de terre « *totum pretium* », dit le texte (2), tout le prix d'estimation de la portion de terrain employée à la sépulture ; par suite de l'inhumation en effet, sa valeur est perdue, et le fait, dit justement Papinien, équivaut à une aliénation. Si c'est un légataire d'usufruit, nous dirons par analogie qu'il faut lui payer la valeur d'usufruit du terrain que comprend le sépulcre, et nous entendrons ainsi les expressions de la loi 46 pr. D. *de relig.* : « *gratificationis locus erit* », car il doit être indemnisé « *ad id quod interest* », c'est-à-dire dans la juste mesure de la perte qu'il subit.

42. — Pour obtenir l'indemnité due, le légataire aura contre l'héritier, dit notre loi 66, § 4, D. *de legatis* II, l'action *ex testamento*. C'est un des cas où, après la délivrance du legs, cette action subsiste (3) : elle peut être exercée tant que le legs n'a pas été reçu dans son intégrité.

Les termes de cette loi ne sont pas absolument exacts ; ce

(1) D. l. 4 in fine, de relig. ; de legatis I, l. 53, § 7.

(2) D. de legatis, II, l. 66, § 4.

(3) On trouve au Digeste quelques hypothèses analogues où l'action *ex testamento* est maintenue après la délivrance du legs, p. ex. : l. 84, § 4, de legat. I ; l. 27 de solutionibus ; l.12 de auro, argento, mundo, etc.

n'est point l'action *ex testamento* qui est accordée, mais bien l'action *utilis ex testamento*, ainsi que le témoigne la loi 46 pr. D. *de relig.* Par l'action directe, en effet, on obtient l'objet même du legs; or, dans notre espèce, cet objet est le terrain légué, et non pas l'indemnité, dont le testament ne fait point mention. L'action utile, au contraire, tend à réclamer l'estimation de l'objet, ce qui est précisément notre cas. Toute action utile étant une action *in factum*, elle figurera parfois sous cette dénomination dans les textes. Nous citerons en exemple la loi 63, D. *de legatis* II, qui, loin de contredire cette théorie, comme on l'a prétendu, ne fait que la confirmer. Cette loi vise le cas où l'héritier aurait employé de bonne foi, pour les funérailles du défunt, une chose qu'il ignorait être léguée par ce dernier (un vêtement, par exemple) ; elle refuse au légataire l'action *ad exhibendum*, et lui donne seulement contre l'héritier une action *in factum* pour se faire indemniser. Cette action *in factum* est précisément l'action *utilis ex testamento* dont nous venons de parler (1).

§ II. — *Par toute autre personne.*

43. Cas d'application.

43. — On conçoit qu'un lieu devienne religieux lors même que le défunt y aurait été inhumé par les soins de tout autre que de son héritier (2). Celui-ci est peut-être absent ou empêché ; peut-être n'a-t-il pas voulu s'acquitter de ce devoir, par crainte de sembler faire adition d'hérédité, bien qu'il puisse déclarer formellement qu'il n'entend point par cet acte s'engager; peut-être enfin n'est-il point connu ou

(1) Cujas, Quæst. Papin. Comment. l. 66, § 4, de leg. II. Op., t. IV, p. 411.
(2) D. l. 4, de relig.

n'existe-t-il pas. Il arrivera donc souvent qu'un mort sera enterré avant que personne ne se soit porté son héritier, et nous savons que c'est une obligation morale pour tout Romain de remplir ce pieux office 1).

ARTICLE II.

Inhumation faite dans un terrain appartenant à une autre personne que le défunt.

44. Division.

44. — Nous ne sommes plus sur la propriété du défunt. Nous envisageons l'hypothèse générale où une personne quelconque veut établir sur son propre domaine un lieu de sépulture. Trois ordres d'idées vont sur ce sujet se présenter à nos considérations :

1° Pour constituer un sépulcre, l'auteur de l'inhumation doit avoir sur le terrain qu'il destine à cet effet le droit de propriété dans toute son étendue. Il faut qu'il en soit le maître absolu, qu'il puisse lui donner une destination nouvelle, que son droit ne trouve pas d'obstacle dans le droit d'un tiers.

2° Etant donné qu'il ait réellement le droit de propriété, il peut le déléguer, c'est-à-dire donner à une autre personne l'ordre ou l'autorisation d'inhumer sur son terrain. C'est la conséquence logique de sa condition de propriétaire.

3° Enfin, si sa bonne foi a été surprise, ou si l'inhumation a été faite malgré lui, il doit avoir à sa disposition des moyens légaux de sauvegarder son droit.

Entrons dans le détail de ces trois propositions.

(1) V. suprà, n° 6.

§ I^er^. — *L'auteur de l'inhumation doit être propriétaire absolu.*

45. Ceux qui n'ont pas le droit entier de propriété sur le terrain sont, en principe, exclus du droit d'inhumer.
46. *A.* Un simple usufruitier.
47. *B.* Un simple nu-propriétaire.
48. *C.* Un légataire et un héritier en présence d'un legs conditionnel.
49. *D.* Le propriétaire d'un terrain grevé d'une servitude prédiale.
50. *E.* Le propriétaire qui a donné en gage son terrain, ou l'a hypothéqué.
51. Exception générale en faveur du propriétaire et de sa famille.
52. *F.* Un propriétaire indivis. Distinction suivant qu'il s'agit de sa sépulture personnelle ou de celle d'un étranger.

45. — Ce droit de propriété doit être sans limites et sans partage. Par suite, toute une série d'individus que nous allons passer en revue, se trouvent dans l'impossibilité d'inhumer, parce qu'ils ne possèdent pas ce droit dans son entier. En même temps que nous nous en rendrons compte, nous verrons qu'au principe rigoureux que nous venons d'énoncer, un tempérament est apporté par l'intérêt religieux qui doit tout dominer, cette *summa ratio* dont parle Papinien (1). Nous remarquerons enfin que la *favor religionis* se manifeste surtout et justement envers le testateur dont la personne qui inhume tient son droit de propriété.

Examinons le cas de ces diverses personnes. Ne peuvent rendre un terrain religieux par une inhumation :

46. — *A. Un simple usufruitier*

« *Si usumfructum quis habeat, locum religiosum non facit* » (2). Par nature, en effet, l'usufruit porte sur une *res aliena*

(1) D. l. 43, de relig.
(2) D. l. 2, § 7, de relig.

et ne confère que le *jus utendi* et le *jus fruendi.* Il ne comporte pas le *jus abutendi,* le droit de disposer de la chose, de l'aliéner, de la faire sortir du commerce ; il ne subsiste que *salvâ rerum substantiâ :* toutes conditions incompatibles avec le droit d'inhumer. L'usufruitier est un simple détenteur tenu de restituer la chose ; l'auteur de l'inhumation doit être propriétaire. Mais si le nu-propriétaire donne son consentement à la sépulture, rien n'y mettra plus obstacle, car, par le concours des deux volontés de l'usufruitier et du nu-propriétaire, la pleine propriété dans l'espèce est reconstituée.

Rappelons le cas examiné plus haut, et mentionnons que le testateur qui aurait légué séparément l'usufruit et la nue-propriété de son fonds pourrait y être inhumé « *favore religionis* », s'il en a exprimé la volonté, ou même si le terrain paraît à l'héritier plus avantageux qu'aucun autre pour devenir lieu de sépulture.

47. — *B. Un simple nu-propriétaire.*

C'est l'hypothèse inverse de la précédente (1). Le nu-propriétaire ne peut changer la nature de la chose qu'il a donnée en usufruit, sans le consentement de l'usufruitier. S'il l'obtient, la sépulture sera possible, la pleine propriété étant par le fait rétablie. S'il s'agit de l'inhumation du testateur qui a légué l'usufruit dans les conditions sus-énoncées, disons encore qu'elle pourra se faire sans l'assentiment de l'usufruitier.

48. — *C. Le légataire et l'héritier dans le cas d'un legs conditionnel.*

Le légataire, tant que la condition n'est pas accomplie,

(1) D. l. 17 pr. de usufructu et quemadmod. — L. 2, § 7, de relig. — Instit. § 9, de divis. rer.

n'est pas propriétaire ; il ne peut par conséquent inhumer sur le terrain objet du legs, jusqu'à la *diei cessio*.

L'héritier, lui non plus, ne pourra y établir une sépulture. Nous ne parlons point ici, bien entendu, de l'inhumation du testateur (qui, comme nous le savons, peut toujours être enterré sur le fonds qu'il a légué), mais de l'inhumation que ferait l'héritier à toute autre personne. Sans doute, l'héritier, d'après l'opinion des Sabiniens qui prévalut, était considéré comme propriétaire provisoire de la chose léguée (1) ; celle-ci ne passait dans le patrimoine du légataire que par l'événement de la condition et sans effet rétroactif (2). La conséquence était que l'héritier, tant que la condition demeurait en suspens, pouvait revendiquer (3) la chose, en percevoir les fruits (4), l'aliéner, l'hypothéquer (5), en un mot faire tous actes de propriétaire, avec cette restriction cependant que les droits conférés par lui à des tiers se résolvaient nécessairement par la résolution du sien (6). Mais il lui était interdit de faire les actes qui de leur nature sont irrévocables (7), et parmi ces actes, par conséquent, de transformer le terrain, objet du legs, en *res religiosa* (8).

49. — *D. Le propriétaire d'un terrain grevé d'une servitude prédiale.* Une fois consentie en effet, la servitude est perpétuelle

(1) Accarias, Précis de Dr. Rom. éd. 1878. Des Legs, n° 379.

(2) Les Proculiens, au contraire, considéraient la chose comme *res nullius*, en attendant l'événement ou la défaillance de la condition : alors seulement, mais sans effet rétroactif, la chose devenait la propriété ou du légataire ou de l'héritier. (Accarias, id.)

(3) L. 66, D. de rei, vind.

(4) L. 32, § 1, D. de legat. II.

(5) L. 13, § 1, D. de pign. et hypoth.

(6) L. 11, § 1, D. quem serv. amitt.

(7) L. 11, D. de manum. ; l. 29, § 1, qui et a quib. manum.

(8) L. 34, D. de relig. ; l. 105 de condit. et demonstr.

et due tout entière. Le propriétaire du fonds servant n'est donc pas libre d'apporter à son terrain des modifications de nature à anéantir la servitude ou à changer ses conditions d'exercice. Il ne pourra point par conséquent y établir une sépulture, à moins que le propriétaire du fonds dominant n'y consente. Dans ce cas, il y aurait, pour la portion du fonds nécessaire au sépulcre, extinction partielle de la servitude par voie de renonciation expresse ou tacite du titulaire. Disons plus, et remarquons que ce consentement ne sera pas toujours nécessaire. S'il est manifeste, en effet, que le propriétaire du fonds dominant puisse exercer son droit de servitude aussi commodément par un autre endroit du fonds servant (ce qui arrivera le plus souvent, par exemple au cas d'une servitude de passage ou d'aqueduc), rien ne fera obstacle à l'inhumation. Elle ne sera point censée faite dans le dessein de troubler le titulaire : pour lui, le dommage sera nul ou de minime importance, et il est de toute justice que cette considération cède devant l'intérêt supérieur de la religion (1). Si donc le propriétaire du fonds dominant, ayant néanmoins refusé son consentement, voulait revendiquer la servitude par l'action confessoire, il serait justement repoussé par le propriétaire du fonds servant auteur de l'inhumation, au moyen de l'exception de dol.

50. — *E. Le propriétaire qui a donné en gage le fonds de terre, l'a constitué en hypothèque, et, en général, en a fait l'objet de tout contrat engageant temporairement son droit de pleine propriété.*

La loi 2, § 9, *de relig.*, ne parle que du gage. Nous assimilons à ce cas tous ceux dans lesquels le propriétaire, en

(1) L. 2, § 8, D. de relig.

constituant au profit d'un tiers des droits sur son terrain, s'en sera aliéné momentanément la libre disposition. Il ne pourra y établir un sépulcre que s'il obtient le consentement de la partie contractante.

51. — Comme dans les hypothèses précédentes, exception est toujours faite à cette règle lorsqu'il s'agit de l'inhumation du propriétaire lui-même, qui, en dépit de tous les droits consentis, peut toujours se faire enterrer à son choix.

Notre loi 2, § 9, étend cette même exception en faveur des membres de sa famille dont il ferait l'inhumation de son vivant. Dans ce cas encore, le consentement du créancier gagiste ne sera donc pas requis, et Pothier en donne pour juste motif qu'il ne pourrait être refusé sans impiété (1). « Il serait impie et inhumain, dit-il, qu'un créancier, pour le modique intérêt qu'il pourrait avoir en raison de son gage, empêchât le propriétaire de faire inhumer ses parents, ou d'être inhumé lui-même. »

Ne restreignons pas au cas particulier d'un débiteur gagiste une déclaration si conforme à la « *favor religionis* » dont les lois romaines entourent notre matière. Décidons, au contraire, par voie d'analogie, que, dans toutes les hypothèses étudiées successivement par nous, l'exception faite pour le propriétaire du terrain comprend aussi les membres de sa famille. Le texte ajoute d'ailleurs que, seuls, lui et les siens profiteront de cette faveur. Il n'y a pas de raison en effet d'en faire bénéficier les étrangers ; là commencerait l'injustice et la violation des droits des tiers.

52. — *F. Un propriétaire indivis.*

Lorsqu'un terrain appartient à plusieurs communistes

(1) Pothier, Pandectes, ad lib. II de religiosis.

est-il besoin, pour qu'il devienne religieux, de leur consentement unanime? Chacun d'eux a certainement le droit de s'y faire personnellement inhumer sans la permission de ses copropriétaires, surtout s'il n'a pas un autre lieu de sépulture (1). Sans doute, d'après la rigueur des principes, ce consentement devrait être nécessaire, car, dans l'état d'indivision, chacun des communistes n'a pas un droit entier et exclusif sur la chose; il a seulement sur chaque molécule un droit limité par le droit égal des autres. C'est donc encore ici pour lui la même situation de faveur que précédemment; il pourra se faire enterrer dans le fonds indivis comme s'il était seul propriétaire. Au demeurant, les droits des autres ne seront point lésés; ils peuvent tous profiter du même avantage, et, lors des opérations du partage, ils seront indemnisés de la perte des parcelles consacrées à l'inhumation (2).

Lorsqu'il s'agit de la sépulture d'un étranger, les conditions changent, et le droit commun reparaît. Aucun des communistes ne peut faire un lieu religieux d'un lieu profane sans l'assentiment de tous les autres (3). Cet assentiment sera donné tout aussi bien après qu'avant l'inhumation : il est possible en effet qu'il n'ait pas été demandé aux parties au moment de la sépulture, ou qu'elles l'aient tout d'abord refusé. Objecterait-on que ce consentement tardif ne peut produire effet parce qu'un lieu devient religieux à l'instant où l'on y enterre un mort, ou ne le devient jamais? Un semblable raisonnement est trop subtil dans une matière si favorable aux intérêts de la religion, et Pothier nous apprend qu'il n'a point été admis (4).

(1) L. 41, D. de relig.
(2) L. 3, D. communi dividundo.
(3) L. 3, D. de relig.
(4) Pothier, Pandectes. ad l. 3, de relig.

§ II. — *Le propriétaire du terrain peut déléguer son droit d'inhumer.*

53. Inhumation faite sur l'ordre du propriétaire. Application des règles du mandat.

54. En cas d'inhumation faite par une personne *motu proprio,* l'autorisation du propriétaire est nécessaire.

55. Controverse sur la valeur de l'autorisation postérieure à l'inhumation.

53. — Nous avons vu que rien ne peut se faire sans le consentement du propriétaire. Vienne donc un étranger inhumer un mort dans une terre ou une tombe qui ne lui appartient pas : s'il agit malgré l'opposition du *dominus* ou à son insu, il est évident que le terrain ne deviendra point religieux. Il en sera tout autrement s'il procède à l'inhumation sur l'ordre du propriétaire : dans ce cas, il y aura mandat, et les règles en devront être appliquées.

54. — Envisageons l'hypothèse où une personne fait l'inhumation, non plus sur l'ordre du propriétaire, mais de son propre mouvement. L'autorisation du maître, nous le savons, lui est nécessaire. Déclarons qu'il importe peu que ce consentement suive ou précède l'inhumation.

Donnée après coup, l'autorisation rend le terrain religieux tout aussi bien que si elle avait été obtenue dès le principe : c'est ce qu'exprime le texte suivant qui figure aux Institutes et au Digeste : « *licet postea ratum habuerit quam illatus est mortuus, religiosus locus fit* » (1).

55. — Cette solution a été contestée, ou plutôt elle a fait difficulté en présence de la négation que plusieurs éditeurs placent dans notre texte entre les mots « *ratum* » et « *habue-*

(1) Instit. de div. rer. § 9; D. eod. tit. l. 6, § 4.

rit» (1). Nous n'hésitons pas à adopter, avec la grande majorité des auteurs, la version qui supprime cette négation. C'est celle du manuscrit de Florence, celle adoptée par Cujas et Heineccius, et à leur suite nombre de commentateurs ; c'est celle de la paraphrase de Théophile, parfaitement d'accord avec les Basiliques (2).

Les deux versions d'ailleurs ne nous paraissent point se contredire : elles ont trait à deux hypothèses différentes, et aboutissent à la même fin (3).

Celle qui porte la négation suppose un consentement préalable qui suffit et, une fois donné, ne peut plus être retiré. Elle fait ressortir l'inutilité d'une ratification postérieure à l'inhumation, dans le cas où celle-ci a été faite, comme elle doit l'être, *consentiente domino*. Le propriétaire ayant une fois consenti, le lieu deviendra religieux quand bien même plus tard il ne voudrait plus ratifier son autorisation première.

Celle qui ne contient pas la négation suppose qu'à l'origine il n'y a pas eu de consentement, mais que dans la suite l'inhumation a été ratifiée par le propriétaire. Si donc elle a tout d'abord été faite à son insu ou contre son gré, le consentement donné après coup n'en rendra pas moins le terrain religieux (4).

Nous arrivons donc des deux côtés à la même conclusion, à savoir que le consentement peut être obtenu à quelque mo-

(1) Christophori Riccii Vindiciæ juris, ch. 6 : Otton, t. II, Thes., p. 773.

(2) J. Corasius. Lyon, 1558, ad l. 6, § 4, n° 8. — Frégier, Paraphrase de Théophile. 1847. Liv. II, tit. 1, p. 194, note 1.

(3) Vinnius. Lyon, 1761. Institut. comment. liv. II, tit. 1, de rer. div. t. 1, p. 164.

(4) Du Caurroy, Institutes de Justinien, 2e édit. liv. II, tit. I, § IX, n° 340, t. I, p. 259; Demangeat, Cours élément. de Dr. rom. 1864, liv. II, n° IV, t. I, p. 436 ; Ortolan, Institutes, 11e édit. liv. II, tit. I, n° 337, t. II, p. 252.

ment que ce soit. L'essentiel est qu'il soit donné, car il est nécessaire; et le terrain ne sera véritablement religieux que lorsqu'il sera expressément intervenu.

Si le propriétaire persiste dans son opposition ou ne veut pas souffrir l'établissement de la sépulture sur son fonds quand il en a connaissance, nous allons voir quels moyens légaux lui sont offerts pour préserver de toute atteinte son droit inaltérable de propriété.

§ III. — *Voies ouvertes au propriétaire qui n'a pas donné son consentement pour rendre son terrain religieux.*

56. 1° Solliciter l'enlèvement du cadavre.
57. 2° Exercer une action *in factum*.
58. Cette action *in factum* est *persecutoria rei*.
59. Objection tirée de la loi 2 § 2, D. *de religiosis*. Distinction proposée.
60. Cas d'exercice de cette action.
61. Son application entre communistes. Conciliation des lois 6, § 6, *Communi dividundo*, et 2, § 1, *de religiosis*.
62. Elle est refusée au possesseur de bonne foi.
63. Hypothèses où elle a le caractère d'*utilis*.
64. Elle n'est pas donnée au cas d'inhumation dans un lieu public. Règles particulières pour la répression de ce délit.

56. — Deux moyens sont offerts au propriétaire par les textes :

1° Solliciter du collège des pontifes ou de l'empereur qui en est le chef naturel, l'autorisation d'enlever le cadavre. D'après les principes du droit, il semblerait que toute personne lésée manifestement dans sa propriété devrait pouvoir faire cesser le trouble, de sa propre autorité. Dans notre cas particulier, par faveur pour la religion, il en est autrement; la permission des pontifes est nécessaire. Si elle faisait défaut

au propriétaire, il se trouverait exposé à l'action d'injures (1) (l. 8 pr. D. *de religiosis*).

57. — 2° Recourir à une action *in factum* à l'effet d'obtenir la réparation du préjudice éprouvé. Mais, avant d'employer cette arme, le propriétaire doit mettre l'auteur de l'inhumation en demeure d'enlever le corps injustement déposé. Ce n'est qu'une fois cette sommation faite que l'action pourra être intentée (2). L'auteur de l'inhumation a donc le choix entre deux partis : ou enlever le cadavre, ou payer l'estimation du terrain ; pour lui c'est une obligation alternative. Remarquons, à ce propos, que *favore religionis* la plénitude du droit de propriété reçoit en quelque sorte une atteinte (3). En effet, si celui qui a inhumé choisit le second parti et donne la valeur du terrain, le propriétaire se trouve dans la nécessité d'aliéner, quand bien même il préférerait le contraire. C'est ainsi que, dans une hypothèse analogue, le propriétaire indivis d'un esclave est forcé de vendre sa part à son copropriétaire quand il s'agit de l'affranchissement (4).

Cette action *in factum* est une de celles très nombreuses fondées, non pas sur une règle du *jus civile*, mais sur l'équité résultant de l'ensemble des faits, et données chaque fois qu'une espèce nouvelle appelait la protection légale. Lorsqu'un dommage que le droit civil ne prévoyait pas avait été causé par faute, mais sans dol, c'est-à-dire sans intention criminelle, le prêteur accordait pour le réparer une action *in factum* (5).

(1) Brunnemann, Pandectarum commentarius. Genève, 1762, liv. XI, t. 7, ad leg. 8 de relig. — Ortolan, liv, II, tit. 1, n° 337.

(2) Doneau, Jus civ. t. 1, p. 639, n° 19.

(3) A. Faber, Rationalia. Ad l. 7 de relig.

(4) L. 1, C. de communi servo manumisso.

(5) Maynz, Cours de Droit Romain. Des actions, § 2, t. I, p. 527. — Audinet, Des actions qui naissent des délits (Th. de Doct.), n° 53.

58. — Au premier abord, il semblerait que celle qui nous occupe devrait être pénale, au moins de la part de la personne coupable d'avoir inhumé sans droit, le fait constituant évidemment un *delictum privatum*. La conclusion à en tirer serait que cette action est annale et ne passe point aux héritiers . Il n'en est rien cependant: les textes qui la donnent expriment formellement qu'elle est donnée aux héritiers contre les héritiers et perpétuelle (1). Ils la considèrent donc comme une action persécutoire de la chose. La raison est qu'elle n'inflige aucune peine pécuniaire au défendeur ; elle n'a pour but que de lui faire payer une indemnité égale à la perte subie par le demandeur. Or la caractéristique de l'action *rei persequendæ gratia* est de faciliter au demandeur les moyens d'assurer l'intégrité de son patrimoine, rien de plus; tandis que l'action pénale est celle où il tend à appauvrir le défendeur et à s'enrichir d'autant (2). Nous sommes donc en présence d'une action *in factum* persécutoire de la chose. Cette théorie se trouve confirmée par les différents textes qui donnent l'action. Un seul peut-être soulèverait quelque difficulté : c'est le passage de l'Edit rapporté à la loi **2**, § 2, D. *de religiosis* : « *qui hoc fecit , in factum actione tenetur , et pœnæ pecuniariæ subjicietur.* » Ne serait-on pas tenté de conclure de l'expression *pœna pecuniaria* que l'action est pénale ?

59. — Pour expliquer cette apparente contradiction, Noodt (3) a recours à une distinction hasardée que nous ne pouvons admettre, et que nous ne rapportons qu'à titre de

(1) D. de relig. l. 2, § 1 et 2 ; l. 7 princip.

(2) Accarias, Droit Romain. Actions, n° 854. — A. Faber, Rationalia, ad l. 7 de relig.

(3) Noodt, Comment. liv. XI, tit. 7.

développement sur la matière. Il suppose que seule la première partie du texte serait tirée de l'édit du préteur, et que la seconde se référerait à un cas différent, prévu ici par Ulpien. Selon lui, le jurisconsulte romain aurait, dans son commentaire sur l'Edit, visé deux hypothèses :

a. Celle où une personne aurait inhumé un mort dans un lieu profane, *in locum purum*, appartenant à autrui. Dans ce cas, le propriétaire du terrain aurait l'action *in factum*, telle que nous la comprenons, l'action donnée par Gaïus dans la loi 7 pr. *de religiosis*, perpétuelle, passant aux héritiers, et où il n'est nullement question de peine pécuniaire. On ne peut, en effet, ajoute Noodt, entendre en ce sens l'indemnité que l'auteur de l'inhumation est libre de fournir, s'il ne veut pas enlever le cadavre.

b. La seconde hypothèse qu'aurait eue en vue Ulpien serait celle d'une inhumation faite sans droit, non plus dans un *locus purus*, mais dans un sépulcre ayant déjà la qualité religieuse. A la différence du cas précédent, celui qui a inhumé ne pourrait pas payer l'estimation du sépulcre, car le *locus religiosus* est, comme nous le verrons, *extra commercium*, insusceptible d'aliénation et par suite d'estimation. Alors trouverait son application la seconde partie du texte attribuée à Ulpien : « *pœnæ pecuniariæ subjicietur* ». Quelle serait cette peine ? ce serait celle qui résulte de la violation de sépulture.

L'auteur de l'inhumation serait donc tenu *tanquam reus sepulchri violati*; et Noodt appuie sa théorie sur cette raison que la loi 3 D. *de sepulchro violato*, qui traite de l'action *Sepulchri violati*, et la loi 2 D. *de religiosis* sont tirées du même livre 25 du commentaire d'Ulpien *ad Edictum*.

Cette explication subtile ne nous paraît pas devoir être prise en considération, et nous ne pensons point que le texte

puisse être ainsi divisé. Il se présente au Digeste comme ne comprenant qu'une seule proposition, et il semble bien qu'il soit en entier du préteur.

Le mot *pœna* d'ailleurs n'entraîne pas nécessairement l'idée d'action pénale : la *stipulatio pœnæ* en est la preuve ; et nous ne sommes point éloigné de lui donner dans la circonstance le sens naturel d'indemnité.

60. — Notre action *in factum* s'applique dans toutes les hypothèses où une inhumation a été faite sans droit. Elle peut donc être exercée dans les différents cas que nous avons étudiés plus haut ; elle sera donnée au propriétaire contre l'étranger qui enterrerait un mort à son insu ou malgré son refus d'autorisation (D. *de relig.*, l. 2, § 1), à l'usufruitier troublé dans sa jouissance contre le nu-propriétaire (Id., l. 8, § 4), et réciproquement au nu-propriétaire contre l'usufruitier (Id., l. 2, § 1), à celui qui a sur le terrain un droit de servitude (Id., l. 8, § 4), etc. Disons encore qu'elle trouvera son application entre communistes. Sur ce dernier point toutefois la question est plus délicate, en raison de la présence de deux textes qui semblent se contredire, mais qui peuvent se concilier. Examinons-les rapidement.

61. — Lorsqu'un communiste inhume un étranger sur le terrain indivis (1), ses copropriétaires lésés dans leurs droits doivent prétendre à une indemnité équivalente au préjudice causé. Comment l'obtiendront-ils ? La loi 6, § 6, D. *communi dividundo*, s'appuyant sur l'autorité de Trébatius et de Labéon, donne nôtre action *in factum*. La loi 2, § 1, D. *de religiosis*, donne au contraire les actions du partage, *communi dividundo* ou *familiæ erciscundæ*. Cujas, amené à se prononcer

(1) V. suprà, nº 52.

entre ces deux voies, choisit la dernière. Il rejette l'action *in factum* et préfère les actions *communi dividundo* ou *familiæ erciscundæ* (1). Celui qui a à sa disposition une action civile, dit-il, n'a pas besoin d'une action prétorienne, et l'action directe est meilleure que l'action utile. Pour lui, du reste, dans la loi 6, § 6, *Comm. div.*, Ulpien n'aurait fait que rapporter, sans l'approuver, la doctrine de Trébatius et de Labéon donnant l'action *in factum*. Il aurait émis son opinion personnelle dans la loi 2, § 1, *de relig.*, qui fait partie de son même commentaire sur l'édit. La raison qui lui ferait préférer l'action en partage, c'est que le texte de l'édit qui consacre l'action *in factum* suppose l'inhumation faite *in loco alterius*. Or cette expression est bien applicable à un *non dominus*, mais non pas à un *socius* qui est réellement un propriétaire. Ajoutons encore que Pomponius donne l'action *pro socio* dans le même cas (l. 39 D. *pro socio*). Ce système aboutit à considérer comme inutile la loi 6, § 6, *Comm. div.* ; nous ne pouvons admettre un tel résultat.

En effet, la contradiction qu'on a cru voir entre ces deux procédures n'existe pas en réalité. Elles s'appliquent à deux cas différents : celui où les communistes demandent simplement une indemnité, et celui où ils veulent en même temps sortir de l'indivision. Dans le premier, ils ne pourront qu'intenter l'action *in factum*, suivant la loi 6, § 6, *Comm. div.* ; dans le second, ils feront statuer sur l'indemnité par le juge même de l'action en partage, d'après la loi 2, § 1, *de relig.* Cette réclamation fera partie de l'instance, et sera comprise dans la mise en œuvre des actions *familiæ erciscundæ*, *communi*

(1) Cujas, Comment. liv. VIII. Quæst Papin. l. 43 de relig., et t. VII, p. 570.

dividundo, pro socio. Ce sera un incident de la procédure. Mais cette méthode, répétons-le, ne sera possible qu'autant qu'ils voudront sortir de l'indivision, et non point seulement obtenir une indemnité (1).

62. — La loi 2, § 1, refuse clairement l'exercice de l'action *in factum* au possesseur de bonne foi : « *hic sermo domino dat actionem* ; *non bonæ fidei possessori* ». Ce développement explicite n'est pas inutile, car la condition du possesseur de bonne foi a beaucoup de points de similitude avec celle du propriétaire. Sans les comparer, ce qui n'entre point dans l'objet de notre étude, rappelons que le possesseur a, comme un propriétaire, le *jus prohibendi* sur le terrain qu'il détient, et que si le propriétaire peut exercer la revendication, le possesseur est armé, lui aussi, d'une action analogue, la publicienne. Ce texte formel n'était donc pas superflu, et devant lui toute hésitation disparaît.

63. — Il serait difficile de prévoir tous les cas dans lesquels l'action *in factum* qui nous occupe peut être intentée. En dehors de ceux que nous avons mentionnés, on peut dire d'une façon générale qu'elle constitue le mode d'anéantissement de toute sépulture à titre définitif faite sans droit (2). Peu importe d'ailleurs que l'inhumation ait eu lieu dans un champ ou dans un édifice (l. 8, § 3, *de relig.*).

Parmi les hypothèses qui peuvent se présenter, consignons encore :

a. Celle où un mort a été inhumé dans un sépulcre dont l'accès lui était interdit, par exemple lorsque l'on dépose un étranger dans un sépulcre héréditaire ou de famille (3) ;

(1) Accarias, n° 192, t. I, p. 460, note 1.
(2) D. de relig., l. 2, § 3.
(3) V. infra, n° 113.

b. Celle où l'inhumation a été faite dans un sarcophage appartenant à autrui, et qui n'avait encore reçu aucun cadavre.

L'action donnée dans ce dernier cas est l'action *in factum* utile, par extension de notre action *in factum* accordée quand l'inhumation a été faite sur un terrain. On sait que la création des actions utiles se retrouve aussi bien dans le droit honoraire que dans le droit civil, et que le principe d'une *in factum actio*, déjà consacré pour une espèce donnée, peut être appliqué à des cas analogues, ce qui produit une *utilis in factum actio* (1). Cette juxtaposition des termes *utilis* et *in factum*, dit Savigny, à propos de notre texte, n'est pas un pléonasme. « *Utilis* veut dire que l'action contenue dans l'édit est étendue à un nouveau cas ; l'addition *in factum* exprime que *utilis* ne doit pas se prendre dans sa signification restreinte d'action fictice (2). »

64. — Enregistrons en terminant l'hypothèse où on a procédé à l'inhumation dans un lieu destiné à l'usage public. Il faut distinguer si elle a été accomplie de bonne ou de mauvaise foi. Dans le premier cas, son auteur, étant *sine dolo*, sera absous. Dans le cas contraire, le texte dit qu'il sera puni *extra ordinem*, toutefois *modica coercitione* (3). Il n'y aura donc pas lieu à l'action *in factum*, mais à la procédure extraordinaire de la compétence du préteur, qui connaîtra directement le fait délictueux et le réprimera avec les tempéraments que demande notre loi 8, § 2.

A quelles causes attribuer cette *modica coercitio*? On considérait sans doute comme moins grave l'atteinte portée

(1) Maynz. Droit Romain. Actions, § 52, t. I, p. 528.

(2) Savigny. 1843. Droit Romain, t. V, p. 103.

(3) L. 8, § 2, D. de relig. — Noodt. Comment., liv. XI, tit. 7. — Cujas, t. X, p. 390.

au droit de propriété quand il s'agissait d'inhumation faite sur un terrain public que lorsqu'elle était accomplie sur un terrain privé. Chaque citoyen avait du lieu public, sinon un démembrement de propriété (car il n'appartient à personne et est *res nullius*), du moins un démembrement d'usage. C'était probablement une raison de se montrer moins sévère (1). Ajoutons surtout que le lieu public étant sans propriétaire, personne ne pouvait avoir le droit d'exercer l'action *in factum*. On comprend dès lors l'intervention directe du magistrat.

SECTION IV.

4me Condition : Inhumation dans un terrain pouvant légalement devenir lieu de sépulture.

65. Défense d'inhumer dans l'intérieur des villes.
66. Historique de cet usage.
67. Motifs de son existence.
68. L'inhumation en terrain privé était la règle. Ses modes d'établissement.
69. Sépultures le long des voies romaines.
70. Sanction de la défense susdite.
71. Son extension à toutes les cités de l'Empire par Adrien.
72. L'usage se continue d'abord sous le Christianisme. Dispositions de Théodose.
73. Il est peu à peu abandonné. Constitution définitive de l'empereur Léon.

65. — Etudiant les conditions requises pour l'établissement d'une sépulture régulière, il nous est impossible de passer sous silence l'interdiction portée par les lois romaines d'inhumer dans l'intérieur des villes. Contrevenir en effet aux dispositions de ces lois qui varièrent avec les différentes époques du droit, c'était s'exposer à faire déclarer par les pontifes la sépulture *injusta*, et par conséquent se voir dans la néces-

(1) A. Faber. Rationalia, ad l. 8, § 2.

sité de transporter ailleurs le cadavre, nonobstant la peine pécuniaire qui, comme nous le verrons, était habituellement encourue. Ce n'est donc point sortir de notre cadre que d'envisager comme quatrième condition indispensable à l'érection d'un vrai sépulcre, cette obligation de faire l'inhumation en dehors des murs de la cité.

66. — Le principe fut expressément posé par la loi des XII Tables : « *Hominem mortuum in urbe ne sepelito neve urito.* » Ce n'était en réalité que la consécration d'un usage passé depuis longtemps dans les mœurs. Aux premiers temps de Rome seulement, on avait enseveli dans la ville et jusque dans l'intérieur des maisons. Dès l'époque de Numa, on éloigna les tombeaux, et les historiens rapportent que ce roi fut lui-même enterré hors les murs, sur le mont Janicule, qui n'était point encore compris dans l'enceinte de Rome (1). Cicéron (2) nous apprend qu'avant la loi des XII Tables, Valerius Publicola et Posthumius Tubertus furent inhumés dans le Forum en récompense de leurs glorieux services. Ce fait, considéré comme un grand honneur, prouve qu'avant même la promulgation de la loi, il n'était point permis aux citoyens d'avoir dans Rome leur sépulture.

Les descendants de ces hommes illustres conservèrent cette prérogative, mais ils n'en usèrent que fictivement. Lorsque l'un d'eux venait à mourir, on se contentait de porter au Forum le corps sous lequel on passait une torche ardente pour simuler l'inhumation ; la torche était aussitôt retirée, et on allait brûler le cadavre en dehors de la cité. De cette

(1) Denys d'Halicarnasse, II, 22. — Duruy, Histoire des Romains, chap. I, p. 90.

(2) Cicéron, de Legibus, liv. II, 23. — Niebuhr, Histoire romaine, 1840, t. II, p. 352; t. III, p. 393.

manière leur droit de sépulture au Forum était sauvegardé (1).

L'honneur de la sépulture *intra muros* était encore accordé après la loi des XII Tables aux vestales, aux empereurs, aux triomphateurs, à ceux qui s'étaient exceptionnellement distingués par leurs vertus ou leurs hauts faits, tels que Fabricius (2).

Comme la plupart des dispositions de la loi des XII Tables, cette interdiction d'enterrer les morts à l'intérieur de la ville a été reproduite des lois de Solon (3). Tous les peuples de la Grèce en effet avaient adopté cet usage, à l'exception des Lacédémoniens; Lycurgue (Plutarque, *Vie de Lycurgue*) avait jugé qu'en laissant les tombeaux au milieu de Sparte, il rappellerait sans cesse aux jeunes gens l'austère vertu de leurs aïeux, et les habituerait à ne point trembler à l'aspect de la mort. Il serait intéressant d'observer chez presque toutes les nations antiques cette coutume généralement admise de placer les tombeaux à l'écart des habitations : les commentateurs l'ont signalée à Smyrne, à Corinthe, à Syracuse, à Délos, chez les Egyptiens, chez les Hébreux (4). Le respect que l'antiquité professait pour les morts n'était point exempt de crainte, et elle se laissait en même temps guider par des considérations que ne devaient point connaître plus tard les peuples soumis à l'influence chrétienne.

67. — Si nous recherchions spécialement celles qui firent

(1) Dezobry, Rome au siècle d'Auguste. Lettre CIV, t. IV, p. 91.

(2) Cicéron, loc. cit. — Cujas, liv. VI au Code, tit. 23 *in fine*, t. IX, p. 669.

(3) Id. Epistolæ ad familiares, IV 22.

(4) Homère, Odyssée, liv. XII, v. 11 ; liv. XXIV, v. 82 ; Iliade, liv. XXIII, v. 125. — Cicéron, Pro Flacco, 3 ; Tuscul, V 23. — Tite Live, XXXI, 24. — Pausanias, II, 7. — Christophori Riccii Vindiciæ juris, chap. VI : Otton, t. II, p. 772. — Vinnius, Institutionum commentarius, liv. II, tit. I. — Strabon, liv. X. — S. Matth. XXVII, 53. — S. Jean, XIX, 41. — Joannes Nicolaï, de Sepulchris Hebræorum. Leyde. 1706, cap. XIII et seq. p. 184.

adopter aux Romains un tel état de choses, nous en trouverions de plusieurs sortes. Nous pourrions mentionner la crainte des incendies, l'impossibilité d'accomplir dans un lieu public des sacrifices privés, la raison de mettre les vivants à l'abri des exhalaisons malsaines qui se dégagent des cadavres, l'occasion offerte aux citoyens de manifester leur courage, au cas où ils seraient appelés à défendre hors des murs les tombeaux de leurs ancêtres, enfin la leçon grave et salutaire que recueille le passant averti de la fragilité humaine en lisant les inscriptions des sépulcres qui bordent les grandes voies romaines (1). Mais il faut aussi chercher dans la religion et le droit pontifical le motif le plus important de cette mesure. « *Ne funestentur sacra civitatis* », dit en propres termes le jurisconsulte Paul (2); « *ne sanctum municipiorum jus polluatur* », ajoutent les empereurs Dioclétien et Maximien (3). Les cadavres souillent la sainteté des lieux où ils sont déposés, et par leur présence le culte de la cité se trouve profané ; Théodose le reconnaît, et ordonne qu'ils soient éloignés de la ville, « *ut relinquant incolarum domicilio sanctitatem* » (4). Ainsi s'explique, par un préjugé religieux, dit M. Accarias (5), cette législation que nos idées modernes nous porteraient volontiers à faire reposer sur une raison d'hygiène ; les *Dii superi*, protecteurs de la cité, et les *Dii manes* ne pouvaient pas vivre les uns à côté des autres.

(1) Cicéron, de Legib. loc. cit. — Varron, de linguâ latinâ, liv. V. — Dion Cassius, liv. XLVIII. — Godefroy, Code Théod. constit. VI, de Sepulcr. violat. Leipzig. 1738, tome III. p. 161.

(2) Paul. Sent. liv. I, tit. XXI, § 2.

(3) L. 12, C. de relig.

(4) Godefroy, Code Théod. loc. cit. — Comment. de Balduinus sur la loi des XII Tables, ch. 31 ; Heineccius, t. I, p. 119.

(5) Accarias, Dr. romain, n° 192-3°.

68. — En dehors de la ville, chacun avait le droit de choisir le lieu de sa sépulture. L'usage fut d'abord d'enterrer les morts dans la propriété privée ; en conséquence, tout domaine renfermait une place consacrée aux inhumations. Ce pouvait être un bois, un jardin, une villa lorsque la famille était de riche extraction ; un coin de terre lorsqu'elle était de modeste origine (1). L'emplacement du sépulcre variait alors avec la qualité du sol (2). Si le champ était fertile, on en réservait seulement l'extrémité (habituellement le long de la route), de façon à perdre le moins de terrain possible. Etait-il au contraire stérile, les mêmes motifs d'économie n'existaient plus, et le monument pouvait sans inconvénient occuper le centre de la propriété. Cette coutume cadre bien avec les recommandations de Platon et de Cicéron (3), qui engagent à choisir pour lieu de sépulture les terres incultes. Il faut d'autant moins sacrifier de terrain que la proportion des tombeaux augmente toujours, observe Godefroy (4), qui cite à ce propos les deux vers de Martial (5) :

« Septima jam, Phileros, tibi conditur uxor in agro.
Plus nulli, Phileros, quam tibi, reddit agro ».

69. — La vanité romaine ne pouvait se contenter longtemps de cet état de choses. Elle rechercha vite au delà de la mort l'amour du faste qui était la grande préoccupation de la vie. Les tombeaux furent édifiés le long des routes, rivalisant entre eux de magnificence ; et « leurs lignes, bordant les voies Appienne, Latine et Flaminienne, s'étendaient jusqu'à

(1) Appianus, de Bello civili, I, 10. — Suétone. Caligula, c. 59. — Capitolinus de Antonino Pio, c. 5. — Cicéron, Ad Attic. XII. 36. — Pline VI. ep. 10.
(2) Fustel de Coulanges, Cité antique, ch. VI, p. 68.
(3) Platon, Lois, liv. XII. — Cicéron, de Legibus, II, 27.
(4) Godefroy, Code Théod. t. III, p. 152.
(5) Martial, liv. X, epig. 43.

quinze ou seize milles en dehors de la ville » (1). Le Champ de Mars, n'étant pas compris dans l'enceinte des murs, pouvait recevoir des sépultures; mais comme c'était un lieu public (2), aucune inhumation ne s'y faisait que par ordre du sénat ou du peuple (3).

70. — Aux dispositions de la loi des XII Tables, il fallait une sanction. Elle se trouva dans la procédure extraordinaire, au témoignage de Paul : « *Corpus in civitatem inferri non licet, ne funestentur sacra civitatis ; et qui contra ea fecerit, extra ordinem punitu* » (4). Plus tard Adrien soumit ce délit à la juridiction ordinaire, en portant une amende de quarante *aurei* contre ceux qui inhumeraient dans la ville et contre les magistrats qui auraient souffert l'accomplissement de la sépulture. Il ordonnait en même temps l'enlèvement du cadavre et la vente du terrain au profit du trésor public (5).

71. — Cette menace, qui dans le principe ne concernait que la seule ville de Rome d'après la loi des XII Tables, fut appliquée par le même empereur à toutes les autres cités. Les règlements municipaux qui auraient pu y être contraires étaient abrogés en masse. Après l'extension de la qualité de citoyens à tous les sujets de l'empire, certaines villes avaient en effet conservé un droit propre. Mais lorsque la loi municipale se trouvait en conflit avec la loi romaine, cette dernière l'emportait, suivant le principe consacré par la loi 33 D. *ad municipalem :*

(1) Cicéron, Tuscul. I, 7. — Tite Live, XXXVIII, 56. — Sénèque, ép. 91. — Pline, VII, ép. 29. — Juvenal, Sat. I, 171. — Dézobry, Rome au siècle d'Aug. loc. cit

(2) La règle était la même pour les provinces. Le musée de Florence possède un fragment d'une *lex incerta coloniæ* qui défend d'enterrer les morts sur les terrains communaux. (Daremberg et Saglio, v° Colonia, p 1318. col. 1.)

(3) Dezobry, id.

(4) Paul, loc. cit.

(5) L. 3, § 5, D. de sepulch. violat.

« *Roma communisnostra patria est* ». Adrien met en vigueur ce principe en donnant expressément à son édit une portée générale (1). La même prohibition fut reproduite par son fils adoptif Antonin le Pieux (2), et dans la suite par les empereurs Dioclétien et Maximien (3).

72. — Après l'ère des persécutions, leschrétiens adoptèrent l'usage, consacré par la loi des XII Tables, d'inhumer leurs morts hors de l'enceinte des villes. Fidèles à la tradition puisée aux catacombes, ils cherchèrent à les grouper autour des corps des martyrs. Ceux-ci étaient enterrés ou transportés en dehors des murs, et les basiliques s'élevèrent pour les contenir. Les sépultures chrétiennes entouraient ces nouveaux édifices, qui s'ouvrirent plus tard pour l'inhumation des hauts personnages, en attendant que ce privilège fût accordé aux tombes du vulgaire (4). Par suite de l'extension que prirent les villes, les basiliques se trouvèrent comprises dans l'intérieur des cités et firent ainsi partie des nouvelles enceintes (5). Malgré cela, la coutume était continuée d'inhumer près des restes des martyrs, et de cette façon l'oubli des anciennnes lois s'introduisait. Pour les rétablir, Théodose rendit une constitution très rigoureuse : non seulement il renouvela et confirma l'ancien droit, mais il infligea à celui

(1) Gulielmi Fornerii Selectionum lib. I, cap. 23 : Otton. t. I, p. 22. — Aulu-Gelle. Nuits attiques. XVI. 13. — Voët, Commentarius ad Pandectas. Cologne 1762, de sepulchro violato, liv. XLVII. tit. 12. — De Fresquet, Droit Romain, des choses religieuses, t. I, p. 212. —Cf. César, de Bello Gallico, I, 28. — Tite Live, XXX, ch. 37.

(2) Godefroy, Code Théod. loc. cit. — Capitolin. In Anton. Pio. c. XII. — Gutherius. De jure manium. l. II. ch. 33.

(3) L. 12, C. de relig.

(4) Hornstein, Les Sépultures devant l'histoire, l'archéologie, etc., 1868. ch. IX, p. 133.

(5) Histoire de l'Acad. des Inscript., t. XIII, p. 309.

qui serait en contravention, une peine plus grave qu'aucune de celles prononcées jusque-là. Il s'agissait, pour le présent, d'une amende de cinquante livres d'or, et pour l'avenir de la confiscation, du tiers des biens du délinquant.

73. — Cette constitution, qui figure au Code Théodosien (1), était tombée en désuétude à l'époque de Justinien, qui n'en laisse subsister que la dernière partie dans la loi 2 *de sacrosanct. Eccles.* : « *Nemo apostolorum vel martyrum sedem humandis corporibus existimet esse concessam* (2) ».

Peu à peu, avec le développement des idées chrétiennes, l'usage d'enterrer hors des villes se perdit. Il fut observé dans les Gaules jusqu'après l'établissement des Francs. Un concile de Brague (3), tenu en 563, défendit d'inhumer dans l'intérieur des églises, et rappela à cette occasion la loi des XII Tables; mais il permit les sépultures aux abords du lieu saint.

Par sa constitution 53, l'empereur Léon porte le dernier coup à l'antique coutume. Il la déclare contraire à la loi naturelle et au précepte de l'égalité devant la mort, et la juge capable de mettre entrave à la piété des parents forcément éloignés de leurs morts; il constate, en outre, qu'elle est à bon droit inexécutée et méprisée. En l'abrogeant définitivement, il conclut à l'entière liberté d'inhumation, soit à l'intérieur, soit en dehors des villes.

(1) Code Théodosien, liv. VI, de Sepulch. violat.
(2) Petri Burgii Electorum lib. cap. IV : Otton, t. I, p. 316.
(3) Can. 18, t. III concilior. p. 352, édit. Harduin.

CHAPITRE III.

DES SANCTIONS DU DROIT DE RENDRE UN LIEU RELIGIEUX.

74. Double moyen légal.

74 — Lorsque les conditions que nous avons étudiées dans le chapitre précédent se trouvent réunies, la sépulture est régulièrement établie sur le terrain choisi à cet effet, et lui communique le caractère définitif de *locus religiosus*. L'inhumation ne doit plus alors trouver aucun obstacle. Il est du devoir du préteur à Rome et des présidents dans les provinces de la favoriser et de la protéger, car cette question, qui exige une célérité incompatible avec les lenteurs de la procédure ordinaire, sera de leur compétence (1).

Supposons néanmoins que l'auteur de l'inhumation ou son fondé de pouvoirs (2) soit entravé dans le libre exercice de son droit. Les lois romaines lui fournissent les moyens de le sauvegarder et de le faire reconnaître : c'est la sanction nécessaire, dont nous devons maintenant parler.

Deux voies me sont ouvertes, qui ont chacune leurs avantages et leurs inconvénients et dont le choix dépendra des circonstances (3) :

1° Inhumer ailleurs le cadavre, et intenter ensuite une

(1) D. l. 38 de relig.
(2) D. l. 8, § 5, de relig.; l. 1, § 1, de mortuo inferendo.
(3) D. l. 9 de relig.

action *in factum* pour faire condamner *ad id quod interest* la personne qui met obstacle à mon droit.

2° Recourir à l'interdit prohibitoire *de mortuo inferendo*.

§ I. — *Action in factum.*

75. Son objet.
76. Sa nature particulière : pénale, perpétuelle et intransmissible.
77. Difficile explication de cette singularité. Rapprochement avec l'action d'injures.

75. — Nous sommes en présence d'une action pénale unilatérale qui a pour objet la réparation du dommage au moyen d'une indemnité égale à la perte subie, sans y comprendre toutefois aucun enrichissement. L'adversaire doit donc être condamné suivant la gravité de l'outrage et dans la mesure de l'intérêt qu'a celui qui inhume à n'être pas troublé dans l'exercice de son droit. Le magistrat prendra en considération l'injure faite et fera entrer dans la condamnation (l. 9. D. *de relig.*) :

Ou le prix du terrain que le demandeur, empêché de faire l'inhumation là où il voulait, a été obligé d'acheter ;

Ou le montant du prix de bail du fonds de terre qu'il a été obligé de louer ;

Ou le prix du terrain à lui appartenant qu'il a été forcé de rendre religieux à la place de celui qu'il destinait d'abord à la sépulture.

76. — Notre action *in factum* est une des rares actions pénales prétoriennes qui soient perpétuelles. En général, elles sont presque toutes annales (1). Nous n'avons point à discuter la conception vicieuse qui chez les Romains faisait limiter à un si bref délai la poursuite d'une dette née d'une lésion in-

(1) Gaïus, Instit. IV, § 110. — D. l. 35 pr. obl. et act.

juste, tandis qu'on permettait de réclamer perpétuellement celle qui se fondait sur tout autre motif. L'action accordée contre celui qui apporte un obstacle illégitime à une sépulture fait donc une exception à cette règle à peu près générale. Mais elle offre, en outre, une remarquable particularité. Elle ne peut être exercée que par les deux parties actuellement en cause, de sorte qu'elle est à la fois perpétuelle et intransmissible.

77. — Rien d'étonnant que cette action ne soit pas transmissible aux héritiers, à la différence des actions pénales ordinaires. Elle fait partie de celles qui « *vindictam spirantes* » sont pour cette raison attachées à la personne. Elle a une grande analogie avec l'action d'injures. Celle-ci en effet peut être exercée non seulement toutes les fois qu'une injure est faite au défunt à l'occasion de ses funérailles (1), ou encore lorsque le cadavre a été exhumé et le tombeau mutilé (2), mais aussi lorsqu'on a tenté de mettre obstacle à la sépulture, dit formellement la loi *ult. C. de sepulchro violato.* Or, l'action d'injures est de sa nature intransmissible; il n'est pas surprenant que notre action *in factum*, donnée dans des conditions identiques pour la réparation du même délit, ne passe pas, elle non plus, aux héritiers. De ce que par cette action on ne demande que *id quod interest*, il ne faut pas conclure qu'elle ne comprenne point la *vindictam injuriæ*; elle a en même temps pour but et la réparation de l'injure et la sauvegarde des intérêts particuliers.

Objectera-t-on qu'il faudrait, pour que notre raisonnement d'analogie fût parfait, que l'action d'injures et l'action *in factum* en question fussent de même durée? Or la pre-

(1) D. l. 1, § 6, de injuriis.
(2) D. l. 8 de relig.; l. 27 de injur.

mière est annale, et la seconde perpétuelle. Cette dernière a donc le double caractère de perpétuité entre les parties et d'intransmissibilité aux héritiers.

Gaïus relève cette anomalie et s'en étonne (1). Pour continuer notre rapprochement avec l'action d'injures, Voët (2) argumente de la loi Cornelia qui précise des cas spéciaux où l'injure atteint une telle gravité que l'action est perpétuelle (3). Ce sont ceux où une personne a été maltraitée, frappée, ou encore allègue qu'on est entré de force dans sa maison. « Or, poursuit notre auteur, troubler le repos des morts, disperser leurs restes, les priver de sépulture, les chasser de leur demeure, n'est-ce pas un outrage aussi grave que de s'attaquer aux vivants, et de violer leur domicile ? Faut-il s'étonner que l'action donnée pour la réparation de cette injure soit perpétuelle ? » Ce raisonnement spécieux ne nous satisfait pas entièrement. Nous nous bornons à constater la singularité remarquée par Gaïus dans la loi 9, sans chercher à l'expliquer davantage.

§ II. — *Interdit de mortuo inferendo.*

78. Classification des interdits ayant trait aux choses *divini juris*.
79. La protection due à celles-ci paraît avoir été l'origine de la procédure des interdits.
80. L'interdit *de mortuo inferendo* est prohibitoire. Son concours avec l'action *in factum*.
81. Il ne préjuge pas le fond de la question.
82. Son fondement : une *veluti proprietatis causa*.
83. Il est un interdit privé.
84. Il s'applique, ainsi que l'action *in factum*, à tout ce qui se rapporte au fait de l'inhumation.

78. — Les textes qui figurent en tête du titre général des

(1) D. l. 9 de relig. — Cujas, Observat., liv. VIII, chap. XII.
(2) Voët., liv. XI, tit. 8.
(3) D. l. 5 de injuriis. — Maynz, Dr. romain, t. II, § 272. — Faber. Rationalia, ad l. 9 de relig.

Interdits au Digeste (1) les classent suivant qu'ils se rapportent aux *res humanæ* ou aux *res divinæ*. Ceux qui ont trait à cette dernière catégorie se divisent naturellement en deux parts. Les uns concernent les *res sacræ* ; nous n'avons point à en parler. Les autres protègent les *res religiosæ :* ce sont l'interdit *de mortuo inferendo* qui nous occupe, et l'interdit *de sepulchro ædificando* donné contre celui qui met obstacle à l'érection d'un tombeau. Cette distinction, se référant aux choses divines ou humaines, est entièrement dénuée d'intérêt pratique ; mais elle doit être connue et est vraiment utile à qui veut étudier l'origine et la raison d'être des interdits.

79. — Il semble en effet que par cette procédure le préteur ait tout d'abord voulu assurer sa protection aux choses divines et publiques. Etant par leur nature en dehors de tout rapport juridique direct avec les personnes, elles ne présentaient aucun fondement à une action régulière ; et cependant il était nécessaire de garantir l'exercice de certains droits qu'on pouvait avoir sur elles contre des empiètements ou des attaques arbitraires. Au défaut d'une action qu'il lui était impossible de donner, puisque la base légale manquait, le préteur avait recours à son « *imperium* » et portait une défense qui levait l'obstacle opposé. Les premières ordonnances rendues par lui ont donc été des défenses proprement dites dans des cas particuliers, *interdicta*. Bientôt, il alla jusqu'à prescrire des faits positifs. Les ordonnances de ce genre s'appelèrent *decreta*, par opposition aux *interdicta* ; mais « cette dernière expression s'employait fréquemment pour les deux espèces, et

(1) D. de interdictis, l. 1. pr. ; l. 2, § 1.
(2) Accarias, n° 952.

elle est restée, dans le droit nouveau, comme le terme technique de l'institution (1). »

80. — Notre interdit *de mortuo inferendo* se rattache à la première catégorie. Il fait partie des interdits prohibitoires (2), par lesquels le préteur porte défense de commettre certains actes préjudiciables, et qui sont les *interdicta* par excellence. Ils servent à faire rétablir les choses dans l'état où elles se trouvaient, ou bien à obtenir des dommages-intérêts. Ils contiennent donc un élément pénal, et il est à remarquer qu'à ce point de vue ils ont le même caractère que les *in factum actiones* (3). Dans le droit nouveau d'ailleurs, ils ne diffèrent avec elles que de nom. Pour expliquer la coexistence de ces deux procédures parallèles, on doit se rappeler que celle des *interdicta* était de sa nature plus expéditive, et que dans la plupart des cas elle aboutissait à la soumission volontaire du défendeur qui se sentait coupable. Nous devons ainsi comprendre dans notre matière le concours de l'interdit *de mortuo inferendo* et de l'action *in factum* précédemment étudiée.

81. — L'interdit se donne le plus souvent dans un but de célérité, pour éviter les retards qu'apporterait l'examen approfondi d'une question pendante ; peut-être même sera-t-il prononcé provisoirement en faveur d'une personne dont les droits sont très contestés et même seront plus tard déclarés insoutenables (4).

L'interdit *de mortuo inferendo* ne tranche donc point le fond de la question de droit, mais favorise simplement le fait actuel de la sépulture dans un terrain profane ou déjà reli-

(1) Maynz, § 71, t. I, p. 594.
(2) Id., § 284, t. II, p. 534.
(3) Sur le mécanisme des interdits prohibitoires, v. Maynz, § 71.
(4) Voët, liv. XI. tit. VIII.

gieux (1). Aussi les textes nous disent-ils qu'il peut être accordé à celui qui, d'après les principes connus de nous, est incapable d'accomplir une *justa sepultura*, par exemple au nu-propriétaire qui n'a pas le consentement de l'usufruitier, ou au communiste qui n'a pas l'adhésion de ses coassociés (2).

L'inhumation ne peut être ajournée sans inconvénients graves : l'utilité publique, le respect des cadavres, la religion des morts sont des considérations telles que dans les cas douteux où la question de droit n'est point éclaircie, on doit laisser de côté le strict point de vue juridique pour les mettre en honneur (3).

82. — A tout interdit néanmoins il faut une base, la lésion d'un droit. Les uns se fondent sur la violation de la simple possession, ce sont les interdits possessoires ; d'autres sur la méconnaissance du droit de propriété, ce sont ceux qui contiennent « *proprietatis causam* ». Il en est enfin qui s'appuient sur un état juridique analogue à la propriété et comprennent « *veluti proprietatis causam* », c'est le cas de notre interdit *de mortuo inferendo*. Pour l'obtenir, il faut pouvoir invoquer un droit *sui generis* que nous connaîtrons en étudiant la condition légale du lieu religieux (4). Nous verrons que l'établissement du sépulcre laisse subsister une quasi-propriété qui sert de fondement à l'interdit. Une fois l'inhumation faite, s'il y a contestation sur le fond du droit, le juge de l'interdit en connaîtra (5). Il examinera si le demandeur pouvait réelle-

(1) D. de mort. infer. l. 1, § 2.

(2) D. de relig. l. 43 ; de mort. infer. l. I, § 2.

(3) D. l. 43 in fine, de rel g. — Cujas, Comment. de cette loi, t. IV, p. 149.

(4) Von Ihering, Esprit du droit romain, 3e édit. 1877, t. IV, p. 344. — Voët, loc. cit. — Accarias, n° 958, 3°. — De Keller, De la Procédure civile et des actions chez les Romains, ch. IV, § 75, p. 345. — Cujas, Comment. liv. VIIIe du Code, De Interdictis, t. IX, p. 1067.

(5) Pellat, De la Propriété, 2e édit. 1850, p. 207.

ment inhumer, s'il n'a pas agi en fraude des tiers ; il ordonnera l'enlèvement du cadavre, s'il y a lieu, et fixera l'indemnité à fournir ; il constatera, en un mot, si toutes les conditions requises pour l'établissement du sépulcre sont réunies, et spécialement si l'auteur de l'inhumation est bien vraiment propriétaire absolu du terrain qui devient lieu de sépulture. L'interdit étant fondé sur la *veluti proprietatis causa*, il est naturel que ces questions soient de la compétence du juge qui est appelé à le prononcer, et fassent partie de la même procédure.

83. — Ajoutons que notre interdit ne peut être sollicité que par la personne intéressée. Les interdits sont en effet populaires ou privés, suivant qu'ils compètent à tout le monde, ou qu'ils n'appartiennent qu'à la partie lésée (1). Celui dont nous parlons doit être rangé dans cette seconde classe : le demandeur s'appuie sur un droit qui lui est essentiellement propre, quoique ne figurant pas, à proprement dire, dans son patrimoine, droit qu'un étranger ne pourrait d'aucune manière invoquer à sa place.

84. — L'exercice du droit de sépulture comprend non seulement le fait d'inhumer, mais tout ce qui s'y rattache. L'action *in factum* et l'interdit *de mortuo inferendo* pourront être invoqués toutes les fois et de quelque façon qu'il se trouvera entravé. C'est ainsi qu'ils compètent à la personne qui réclame la servitude de passage à laquelle elle a droit pour accomplir l'inhumation (2). Le sépulcre, comme nous le verrons (3), doit toujours rester d'un libre accès. Lorsqu'il est

(1) Accarias, n° 958, 1°.
(2) D. l. 1, § 3, de mort. infer.
(3) V. infrà, n° 102.

enclavé dans la propriété d'autrui, bon gré mal gré le passage sera livré (1) ; quand il est établi sur un fonds qui viendra plus tard à être vendu, le droit de traverser ce fonds, pour y accéder, sera nécessairement maintenu (2).

(1) D. l. 12 pr. de relig.
(2) D. l. 10 de relig. ; l. 5 de sepulc. viol.

CHAPITRE IV.

DE L'ÉTAT JURIDIQUE DU LIEU RELIGIEUX

ARTICLE I.

Le « jus sepulchri » considéré en lui-même.

85. Sa nature.
86 Son affinité avec le droit de propriété.
87. Peut-il être acquis par prescription ? Contradiction des lois 4. *D. de Mort. Infer.* et 6. *C. de Relig.*

85. — L'enchaînement logique des idées nous amène à étudier de près le droit *sui generis*, indiqué seulement plus haut.

Il est temps de connaître exactement la condition juridique du lieu religieux, d'examiner son rapport avec la théorie romaine de la propriété, et de déterminer les conséquences qui en découlent. Sans doute, le sépulcre, suivant le point de vue théorique que nous avons envisagé, appartient aux mânes qui l'habitent. Mais il ne s'ensuit pas qu'il soit soustrait d'une manière absolue à la volonté de l'homme. La *causa veluti proprietatis* sur laquelle s'appuie l'interdit *de mortuo inferendo* prouve que, pour pouvoir mettre en exercice ledit interdit, il faut être propriétaire du fonds dans lequel se trouve l'emplacement religieux. Or, d'autre part, cet emplacement est considéré par les textes comme *res nullius, extra commercium*, insusceptible de propriété. N'y a-t-il pas là une contradiction au premier abord inexplicable ?

Disons qu'elle est plus apparente que réelle. La propriété en

effet, suivant le mot d'un auteur (1), n'est pas la seule forme de ce qui appartient, et ce serait une erreur que de l'envisager comme l'unique manifestation possible du droit que l'on peut avoir sur une chose. Montrons qu'en rangeant les choses religieuses parmi les *res extra commercium* les textes ne dénient point la possibilité d'un rapport juridique sur elles.

L'existence de ce rapport et ce que les jurisconsultes romains entendaient par *commercium* ne sont nullement des idées équivalentes. Une chose est *in commercio* quand elle peut juridiquement devenir objet de commerce, ainsi qu'en témoignent les expressions elles-mêmes, *merx*, *mercari*, *commercium* ; mais une chose à qui cette qualité fait défaut et qui par conséquent se trouve insusceptible d'aliénation, n'est point par là même soustraite au service de l'homme. Tout au contraire : il est à remarquer que les *res publicæ*, quoique *extra commercium*, sont celles qui pratiquement rendent le plus de services, car elles sont affectées à l'usage de tous.

L'usage, telle est donc la raison d'être de ces choses ; leur utilité est restreinte à cette forme de jouissance spéciale, à l'exclusion de toute autre, particulièrement de celle qui se manifeste par la vente ou la location (2). On ne leur demande que le service auquel elles sont destinées : « *Rebus sacris ad usus sacros utimur, religiosis ad sepeliendos mortuos, rebus publicis ad eas res ad quas singulæ comparatæ patent omnibus* (3). » C'est le même principe que pour les servitudes prédiales et pour la servitude personnelle de l'usage. De tous les éléments de la propriété, l'*uti* seul subsiste ; mais cela suffit pour assurer le fondement d'un droit, et de même qu'on

(1) Von Ihering, Esprit du Droit romain, t. IV, p. 344.
(2) Id.
(3) Doneau, liv. XV, ch. XXXVII, § 9, t. IV, p. 345.

ne peut contester l'existence du droit d'usage, de même on ne peut nier la possibilité du *jus sepulchri*.

86. — Ce droit est réellement un droit sur la chose. Les textes ne parlent point seulement d'un *jus prohibendi* (1) de l'ayant droit, mais directement du *jus sepulchri*, des *jura sepulchrorum*, du *jus monumenti* (2). Il est très voisin du droit de propriété, car il contient, nous le savons, *veluti proprietatis causam*, et est exclusif comme lui. Les jurisconsultes romains employèrent expressément le terme de propriétaire du tombeau, *dominus sepulchri* (3). Sans doute, les moyens de protection qui le sauvegardent diffèrent de ceux qui s'appliquent à la propriété, mais ils n'en sont pas moins efficaces. Si, comme nous allons le voir, la revendication du sépulcre est impossible, nous savons que l'interdit *de mortuo inferendo* et l'action *in factum* aboutissent au même résultat. Il fait partie du patrimoine de famille et passe aux héritiers (4) ; il peut même être transféré à un tiers, mais gratuitement bien entendu, et non pas à titre onéreux, car on ne trafique point des choses religieuses (5). On peut discuter enfin la question de savoir si la *longi temporis præscriptio* ne lui donne pas naissance.

87. — Sur ce dernier point deux textes contradictoires sont en présence. La loi 4 D. *de mort. infer.* s'exprime ainsi : « Le *jus sepulchri* ne peut pas être obtenu au moyen de la possession de long temps par celui à qui elle ne compète pas

(1) D. de relig. l. 8, § 4.

(2) D l. 4 de mort. infer.; l. 3, § 9, de sepulch. violat. ; l. 13, § 7, de damno infecto. — C. l. 6, 8, 13, de relig.

(3) D. l. 6 de sepulch. violat.

(4) V. infrà, n° 113.

(5) C. l. 2, 9, de relig. ; l. 14 de legat.

en droit ». D'autre part, dans la loi 6 C. *de relig.* l'empereur Alexandre déclare : « Les inscriptions des monuments ne transféreront aux affranchis ni les *sepulchrorum jura,* ni la propriété du lieu profane. Mais la prescription de long temps, si dans le principe elle a eu une juste cause, leur sera profitable ». Nous ne pouvons expliquer une divergence aussi absolue entre ces deux textes, que par une rédaction fautive du second. Nous croyons que ce qu'il dit au sujet de la prescription de long temps ne doit s'entendre que de la propriété du lieu profane, et nullement des *jura sepulchrorum* : il est difficile en effet de penser que le rescrit d'Alexandre détruise la règle générale posée par Ulpien en des termes aussi précis.

ARTICLE II.

« Le jus sepulchri » vis-à-vis des tiers.

88. Le lieu religieux est *extra commercium.* Conséquences.

88. — Des différentes observations précédentes, il faut conclure que, pour le détenteur du lieu religieux, le *jus sepulchri* est un droit réel, présentant de grandes analogies avec les droits de propriété et d'usage, droit *sui generis*, dont il a le libre exercice et qu'il transmettra à ses successeurs. C'est seulement vis-à-vis des tiers que ce détenteur se trouvera lié ; là apparaît véritablement la condition de *res nullius* qui est attachée au sépulcre. En ce sens, il est bien *extra commercium* ; il ne peut donner fondement à aucun droit de propriété, de possession (1) ou de créance, ni devenir l'objet d'aucune

(1) Le lieu religieux ne peut pas plus devenir un objet de possession qu'un objet de propriété. Le cas est expressément assimilé à celui d'un homme libre. Il faut avant tout examiner si le détenteur a eu connaissance de la condition spéciale de la chose, et non pas s'il a bien voulu respecter cette condition.

obligation. Nous allons désormais nous placer à ce point de vue, et envisager les conséquences d'un tel état juridique.

§ I. — *Revendication.*

89. Le sépulcre ne peut être revendiqué.
90. *Quid* des matériaux ayant servi à sa construction ?
91. Hypothèse où aucune inhumation n'a été faite.

89. — Nous avons déjà vu que les moyens de protection accordée aux choses religieuses diffèrent de ceux employés ordinairement par le droit civil. Aux actions proprement dites se substituent les interdits ou la procédure prétorienne des actions *in factum* ; c'est dire implicitement que la revendication des lieux religieux est impossible. Cette action en effet est de pur droit civil ; elle ne s'applique qu'aux choses *in commercio*, et nul ne peut l'exercer s'il n'allègue le droit de propriété quiritaire. Il est donc bien évident que le sépulcre n'est pas susceptible d'être revendiqué : « *Loca sacra, item religiosa, quasi nostra, in rem actione peti non possunt* (1) », et encore : « *jure dominii id nullum vindicare posse* » (2).

Par la même raison, les dégradations qu'aurait éprouvées

« *Locum religiosum aut sacrum non possumus possidere, etsi contemnamus religionem, et pro privato eum teneamus, sicut hominem liberum* ». (l. 30, § 1, de poss.)

Quelques inscriptions relatives à la tradition d'un monument funèbre par la remise de la clef sembleraient contredire ces principes, mais ce n'est seulement qu'en apparence : v. g. : ..... « *inque vacuam possessionem earum ollarum et cinerariorum..... clavis ejus monumenti potestatem facturum se dixit.* » (Orelli. 4358.) On conserve en effet au monument sa destination antérieure ; et la « *vacua possessio* » dont il s'agit ne saurait désigner une possession profane et privée.— Cf. Savigny, De la Possession en droit romain, 7e édit. 1866, p. 108 et 615.

(1) L. 23, D. de rei vindicatione.

(2) L. 4 C. de relig. — Pothier, Pandectes, t. IV, p. 5.

un tombeau ne donnent pas ouverture à l'action *legis Aquiliæ*, qui n'appartient qu'au *dominus* (1). Le dommage est réprimé par une action spéciale que nous étudierons, l'action *sepulchri violati*.

90. — Tout ce qui a servi à la construction du tombeau devient religieux comme lui, une fois que l'inhumation y a été faite ; par conséquent, dès que ce caractère est imprimé, aucun des matériaux employés ne peut, d'après les principes, être utilement revendiqué. « *Quæ religiosis adhærent, religiosa sunt* » (2). Les pierres dont est formé l'édifice, quand même elles auraient été soustraites à leur propriétaire, ne peuvent, si elles viennent à être détachées, être réclamées par lui au moyen de la revendication, car elles ont la qualité religieuse. Toutefois, la revendication étant impossible pour cette cause, le droit prétorien vient justement au secours de la personne lésée en lui donnant une action *in factum* qui lui permettra d'obtenir leur restitution (3).

91. — Il en serait autrement si le tombeau n'avait pas encore reçu la consécration religieuse qui résulte de l'inhumation ; rien n'empêcherait alors d'exercer la revendication pour recouvrer les pierres détachées de l'édifice. Du moment qu'elles ne font pas corps avec lui, elles peuvent être réclamées par leur ancien maître, sans qu'il y ait à distinguer si le monument a été bâti de bonne ou de mauvaise foi. Au cas où il aurait été érigé *animo donandi*, la donation faite empêcherait évidemment la revendication (4).

Rappelons enfin que, dans l'hypothèse où les pierres sont

(1) L. 2, D. de sepulch. violat.
(2) L. 43 D. de rei vindicat.
(3) Id...., et l. 25, § 5, hoc tit. — Doneau, Jus Civ. l. IV, ch. I, n° 25.
(4) L. 2 C. de rei vindicat.— L. 59 D. h. tit.

encore adhérentes à la construction, il n'est pas possible de les revendiquer, et qu'il faut alors s'en référer aux règles applicables lorsqu'une personne construit sur son propre sol avec les matériaux d'autrui (1).

§ II. — *Vente.*

92. Le sépulcre ne peut être aliéné.
93. Dommages-intérêts accordés à l'acheteur de bonne foi.
94. La conséquence n'est pas de rendre la vente valable.
95. Fondement et mécanisme dans l'espèce des actions *empti venditi*. Quatre hypothèses.
96. Le *locus religiosus* seul est inaliénable.
97. Valeur d'une clause contraire à sa destination religieuse.
98. Un fonds de terre peut-il être vendu sous la condition qu'on n'y établira pas de lieu de sépulture ?
99. Sauf convention expresse, la partie religieuse d'un terrain faisant l'objet d'une vente n'est pas déduite pour le calcul de la mesure de ce terrain.
100. Exception à la règle de l'inaliénabilité du sépulcre : parcelle religieuse enclavée.
101. Application de la formule : « *Si quid sacri vel religiosi est, ejus venit nihil.* »

92. — La conséquence la plus pratique que nous ayons à développer de la condition juridique du sépulcre, est incontestablement son inaliénabilité. La vente étant l'acte de commerce par excellence, il est évident que toute chose *extra commercium* ne peut en devenir l'objet. « *Omnium rerum quas natura, vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exierunt, earum nulla venditio est* (2). » Le sépulcre est donc inaliénable, et ne peut à aucun prix entrer dans le patrimoine d'un acheteur. En outre de la nullité de la vente, sous l'empire du Code, il y avait crime de lèse-religion, pour ceux qui, sciem-

(1) Accarias, n° 256.
(2) L. 34, § 1, D. de contrah. empt.

ment, ne craignaient pas d'acheter ou de vendre des choses religieuses (1).

93. — La convention par laquelle une personne s'engagerait à livrer un lieu religieux ne peut donc produire aucune obligation. Toutefois, bien qu'il n'y ait pas une obligation formée, l'acheteur de bonne foi, trompé par le vendeur sur la nature de la chose, pourrait obtenir de lui des dommages-intérêts. Cette décision est mentionnée dans plusieurs lois du Digeste, qui assimilent le plus souvent le cas dont nous parlons à celui de la vente d'un homme libre comme esclave (2). L'analogie n'est cependant pas complète, car l'homme libre n'est point absolument hors du commerce : la preuve se trouve dans la loi 70 D. *De Contrahend. Empt.* qui reconnaît comme efficace et obligatoire la vente qui en serait faite, dans le cas où le vendeur et l'acheteur ignoreraient tous les deux la condition de l'homme qui est l'objet de leur convention. On accorde même, dans cette hypothèse, l'action *empti* en garantie du chef d'éviction (3).

94. — La possibilité pour l'acheteur trompé d'obtenir des dommages-intérêts du vendeur qui a agi frauduleusement, n'a point pour conséquence de rendre valable une vente qui par son objet est radicalement nulle (4). Admettre cette conséquence équivaudrait à dire qu'une convention entachée de nullité

(1) L. 1, C. de sepulch. violat. ; l. 21 C. de sacrosanct. eccles.

(2) § 5 Inst. de empt. et vendit. ; l. 4. 5. 6. 34. § 2. 62. § 1. D. de contrah. empt.

(3) L. 39, § 3, D. de evictionibus; l. 25 C. eod. tit. ; D. quibus ad libertat. proclam. « Cette solution est naturelle, car il faut se souvenir que l'homme libre dont on ignore la condition peut être possédé, et que cette possession a tous les effets de celle de bonne foi, à l'exception de la seule usucapion. » (Maynz, § 199, note 13 in fine.)

(4) Maynz, § 199. Observat. 1. — Accarias, n° 602.

peut devenir efficace par le dol de l'une des parties contractantes. L'obligation imposée au vendeur de fournir des dommages-intérêts est fondée non point sur la vente qui est nulle, mais sur le dol dont il s'est rendu coupable. Ce serait donc l'action de dol que l'acheteur devrait pouvoir exercer contre lui. Si la jurisprudence donne l'action *empti*, c'est pour éviter l'action de dol, action infamante, qui n'est habituellement accordée qu'à défaut de tout autre moyen de droit (1).

Cette action *empti* n'est point, à proprement parler, celle qui naît de la vente, puisque le contrat n'a pu exister, mais une action, disent les commentateurs, à l'instar de celle qui en résulte (2). L'obligation n'ayant pas été produite, le contrat n'a pu se former ; mais il y a eu au moins convention de vente, et cela suffit, d'après le droit civil, pour donner fondement à l'action. Son montant comprendra, comme la véritable action *empti*, la mesure de l'intérêt du demandeur, *id quod interest*, et elle pourra être exercée contre les héritiers du vendeur.

95. — Examinons sommairement à ce propos les hypothèses qui peuvent se présenter suivant que les parties sont de bonne ou de mauvaise foi. La vente est toujours nulle ; seul le mécanisme des actions varie avec les cas que nous allons indiquer.

1° Le vendeur et l'acheteur sont tous les deux de bonne foi. — L'acheteur n'aura point l'obligation de verser le prix, ni le vendeur celle de livrer la chose. L'action *ex empto* ne pourra point être exercée pour la réclamation de dommages-intérêts,

(1) H. Savatier, Etude sur le Dol. (Th. de Doct.), nos 86 et 87.

(2) L. 8. § 1. D. de relig. — Pothier, Pandect. ad h. l. — Noodt, id. — Vinnius, liv. III. tit. 24, t. 2. p. 755.

car le vendeur était de bonne foi : si le prix lui a été payé, il devra le restituer. Pour l'y contraindre, l'acheteur aura la *condictio indebiti* et recouvrera ainsi ce qu'il a déboursé par erreur.

2° Le vendeur est de mauvaise foi ; l'acheteur de bonne foi. — C'est l'hypothèse que nous avons étudiée. L'acheteur intentera l'action *empti*, ou plutôt une action analogue à celle qui résulte de la vente, pour obtenir la réparation du préjudice, proportionnellement à son intérêt. Que si le vendeur, pour repousser cette action, allègue la nullité de l'obligation, il le fera sans succès, car le demandeur lui répondra par la réplique de dol. A son tour le vendeur pourra-t-il agir *ex vendito* pour recevoir son prix ? Nullement, car il est de mauvaise foi, et il ne peut forcer l'acheteur qui est de bonne foi à exécuter un contrat nul en lui-même.

3° Le vendeur est de bonne foi ; l'acheteur de mauvaise foi. — Celui-ci n'aura point l'action *empti*, car il n'a point de dommages-intérêts à réclamer ; il n'aura pas non plus la *condictio indebiti* au cas où il aurait versé le prix, car elle n'est donnée qu'à celui qui est dans l'erreur, et la personne qui paie sciemment est considérée avoir fait une donation. Si donc il perd son prix, ce sera la conséquence de sa mauvaise foi.

Le vendeur n'est donc tenu d'aucune action ; mais, de son côté, il ne pourra point agir *ex vendito*. Sans doute cette action compète en principe au vendeur de bonne foi contre l'acheteur de mauvaise foi. Mais il faut se rappeler que l'acheteur ne peut être contraint à exécuter son obligation qu'autant que le vendeur accomplit lui-même la sienne et fournit l'objet vendu. Or, dans l'hypothèse, l'objet, étant *res religiosa*, ne peut être livré ; aucune action ne prendra donc naissance

4° Le vendeur et l'acheteur sont tous les deux de mauvaise foi. — Comme dans les cas précédents, la vente sera nulle, mais toute action sera impossible aussi bien de la part du vendeur que de la part de l'acheteur (1).

96. — Il n'y a de vraiment religieux que l'endroit où est enterré le mort ; par conséquent cet endroit seul est inaliénable. Tout terrain avoisinant, à moins de déclaration spéciale, demeure profane et peut être vendu (2). C'est ainsi que la loi 73, § 1, *De Contrah. Empt.* dispose que les jardins, cultures et constructions compris dans le mur de clôture d'un lieu de sépulture restent dans le commerce, et, au cas de vente totale du fonds de terre, passent à la propriété de l'acheteur, si une clause contraire n'est pas intervenue (3).

97. — Il va sans dire que tant que le sépulcre n'a pas reçu la consécration religieuse par l'inhumation, il n'est pas sorti du commerce, et peut par conséquent être aliéné comme tout autre édifice particulier. Mais pourrait-il être vendu avec cette clause que l'acheteur n'y enterrera point ceux que normalement il aurait le droit d'y déposer : « *Ne in eum inferrentur quod jus est inferri* » (4) ? Pourrait-on, par exemple, poser comme condition de la vente que l'acheteur ne donnera point dans ce tombeau la sépulture à ses affranchis ?

Un tel pacte, dit la loi 11 D. *De Religiosis*, ne peut produire effet. C'est là assurément une dérogation au principe qui sanctionne la validité des pactes, établi dans la loi 48 D. *De*

(1) Cujas, Comment., liv. X. Quæst. Papin. Explic. l. pacta conventa, Op. t. IV, p. 234. — Doneau, Comment. du Code, tit. XL, liv. IV: Op. t. VIII p. 847.

(2) L. 2, § 5, D. de relig ; l. 9 C. h. t.

(3) Cujas, Comment. respons. Papin. liv. III, adl. 73, § 1, de contrah. empt.

(4) L. 11 D. de relig.

Pactis : « *In traditionibus rerum quodcumque pactum sit id valere manifestissimum est* ». Le vendeur n'a en effet aucun intérêt à l'accomplissement d'une semblable clause ; aussi l'acheteur, s'il venait plus tard à être troublé par lui de ce chef dans l'exercice de son droit d'inhumer, pourrait parfaitement exercer l'action *in factum* pour obtenir réparation du préjudice causé (1).

Toutefois, notre loi déclare que cette prétention du vendeur devra être reconnue si elle est exprimée non plus dans un pacte, mais par stipulation.

98. — Rapprochons de l'hypothèse précédente un cas analogue, et demandons-nous si un fonds de terre peut être vendu avec cette clause qu'on n'y établira point de lieu de sépulture.

La loi 61 *De Pactis* au Digeste considérait la clause comme non avenue. Mais elle fut abrogée par la loi ult. *De Pactis inter emptorem et venditorem* au Code. Rien n'empêchera donc que telle soit la condition du contrat de vente. Il peut se faire en effet que le vendeur ait un puissant intérêt à s'opposer à l'établissement d'un sépulcre sur le terrain qu'il aliène. A-t-il, par exemple, un autre fonds de terre dans le voisinage ? Il lui serait désagréable de se trouver sur le passage des personnes qui se rendraient au tombeau, ou sur celui des pauvres qui se réuniraient pour recueillir les débris du festin des funérailles ; il pourrait se trouver incommodé par l'odeur des mets brûlés sur le bûcher... etc. (2). Peu importent d'ailleurs les motifs qui le déterminent ; sa volonté suffit, et

(1) V. suprà, n° 75.

(2) Cujas, liv. XXVII, Pauli ad Edict. Explicat. l. 11 de relig. Op. t. V, p. 381. — Fornerii Selectiones, liv. I, chap. IX. — Otton, t. II.

une telle convention peut parfaitement intervenir entre les parties.

99. — Lorsqu'une vente a pour objet un fonds de terre qui contient un lieu religieux, celui-ci, d'après les principes connus de nous, ne sera point atteint par le contrat. L'acheteur n'aurait donc par conséquent aucun droit d'y faire une inhumation, car il n'en a pas la propriété (1). Mais, bien que ce terrain consacré à la sépulture ne puisse être aliéné, il peut cependant, en vue de la vente même, être compris dans la mesure totale du fonds de terre dont il fait partie, si sur ce point il y a eu accord entre le vendeur et l'acheteur. On déclarera, par exemple, que le champ en question contient mille arpents, sans défalquer l'emplacement occupé par le terrain religieux. Assurément le sépulcre ne sera point compris dans la vente; mais le vendeur n'aura pas fait une déclaration mensongère, car ce n'est qu'à la condition d'avoir l'assentiment de l'acheteur qu'il pourra ne point faire entrer en ligne de compte le lieu de sépulture.

100. — A la règle de l'inaliénabilité du sépulcre, il faut cependant mentionner une exception remarquable. Si tout le lieu en question, ou même une partie notable de ce lieu, a le caractère religieux, la vente en est évidemment nulle. Mais s'il ne s'agit que d'une fort modique parcelle de terrain (2), elle suit la condition du fonds auquel elle appartient, et tombe dans le patrimoine de l'acheteur, en vertu du principe *accessorium sequitur principale*. Ce n'est point le seul cas où, lorsqu'il s'agit de la transmission d'une universalité, des choses en principe inaliénables deviennent l'objet d'une obligation. Les textes

(1) Paul. Sent. liv. I, tit. 21, § 7.
(2) L. 24 D. de contrah. empt.

nous en donnent plusieurs exemples. Pour en citer quelques-uns, rappelons que le mari à qui il est interdit d'aliéner le fonds dotal, peut cependant le transmettre *per universitatem* à son successeur, *titulo institutionis heredis* (1) ; qu'un légataire peut recevoir *per universitatem* une chose dont il n'a pas le *commercium*, si le maître l'institue héritier (2) ; enfin, dans un autre ordre d'idées, qu'une servitude urbaine, bien qu'elle ne puisse être usucapée seule, est susceptible de l'être avec les édifices auxquels elle s'applique (3). D'après le même principe, la vente des jardins et des palais d'Auguste, au témoignage de Tacite, pouvait comprendre les images et les statues du prince, qui cependant en elles-mêmes étaient *res sacræ* (4).

La condition indispensable pour la possibilité de cette vente est donc que la parcelle religieuse fasse partie intégrante du fonds qu'il s'agit d'aliéner. Disons plus : il est même nécessaire qu'elle y soit enclavée. Le vendeur ne pouvant plus traverser son ancienne propriété, ni par suite accéder au sépulcre, il est naturel que la règle *major pars trahit ad se minorem* trouve ici son application. Si au contraire il peut s'y rendre par quelque autre moyen, si, par exemple, la voie publique offre un accès direct au sépulcre, il est certain que celui-ci ne changera point de propriétaire, et qu'il ne saurait être compris dans la vente (5).

101. — Le vendeur qui, dans notre hypothèse, veut néanmoins se réserver le lieu de sépulture enclavé doit en faire la déclaration expresse. C'est dans ce cas, comme le fait

(1) L. 1, § 1, D. de fundo dotali.
(2) L. 62, de adquir. rer. dom.
(3) L. 10, § 1, de usurp. et usucap.
(4) Tacite, Annales, I, 73.
(5) L. 53, § 1, D. de actionibus empti

remarquer Ulpien (1), que se trouve justifiée l'utilité de la formule habituellement employée dans les ventes des fonds de terre : « *Si quid sacri vel religiosi est, ejus venit nihil* ». Ce serait donc une imprévoyance grande de la part du vendeur que de ne pas stipuler cette clause ; car, à son défaut, la propriété du sépulcre, s'il n'est pas contigu à un chemin public, passerait à l'acheteur, qui pourrait, pour se faire délivrer le tout, intenter l'action *ex empto* (2).

§ III. — *Servitude Itineris ad sepulchrum.*

102. Comment elle s'établit.
103. Son fondement.
104. Elle ne se perd pas par le non-usage.

102. — En même temps qu'il se réserve le sépulcre, le vendeur doit se réserver, sur le fonds qu'il aliène, un passage pour y accéder (3). Si le contrat principal n'en fait pas mention, des conventions ultérieures interviennent habituellement entre les parties pour régler ce point. Au cas où leur expression formelle ferait défaut, elles devraient tout naturellement être supposées (4), car on ne peut concevoir un sépulcre sans l'*iter*, l'*aditus* et l'*ambitus*, nécessaires à l'accomplissement régulier des rites funéraires (5).

(1) L. 22, D. de contrah. empt. — Cujas, Comment. tit. I, de Actionibus empti, ad l. 53, § 1 ; t. VII, p. 801. — Ant. Faber, de Erroribus, Lyon, 1558, t. I, Décad. XXVI, Error VIII, n° 11.

(2) L. 53, § 1, de actionibus empti.

(3) L. 10, D. de relig. — De Fresquet, Droit Romain, des choses religieuses, t. I, p. 211.

(4) Cujas, Comment. liv. X, Quæst. Papin. Explic. l. pacta conventa, t. IV, p. 233. — Id. liv. VIII, in fine, id., l. 10 de sepulc. violat. — Noodt, Observ. liv. II, ch. 27.

(5) L. 10, D. de sepulch. violat. — Sur le véritable texte de cette loi l'opinion des commentateurs se divise. La Florentine porte : « ut ad sepulchra

Tout sépulcre doit donc avoir son accès libre, et le propriétaire voisin est tenu de procurer le passage indispensable à cet effet. Il l'accordera à titre précaire ou moyennant indemnité. Dans le premier cas, ce sera de sa part acte de bon voisinage, conséquence d'un arrangement à l'amiable. Dans le second, le préteur fixera lui-même la somme à verser, et, ayant égard à la situation des lieux, la déterminera de telle sorte que le voisin, par suite de cet abandon, n'éprouve pas un dommage considérable (1). C'est le principe d'expropriation que nous trouvons dans le droit français, quand il s'agit de l'agrandissement des cimetières (2).

103. — Nous sommes donc en présence d'une véritable servitude. Objectera-t-on que le fondement nécessaire à son établissement fait défaut, puisque toute servitude ne peut être établie qu'au profit d'un propriétaire, d'un *dominus prædii*, et que le lieu religieux n'est la propriété de personne ? Sans doute, nous pourrions répondre en disant qu'il y a là une exception à la règle générale, et alléguer le motif de faveur pour la religion (3). Mais le jurisconsulte Paul nous donne en outre une explication exclusivement juridique. Il nous apprend que la servitude *itineris ad sepulchrum* reste de droit privé. Par suite, ajoute-t-il, elle peut être acquise même après que le sépulcre a reçu définitivement le caractère religieux, et pour la même raison elle peut être remise au propriétaire du

quæ in fundis sunt, *iter ejus aditus*, ambitus funeris faciendi sit ». Cujas lit : « *iter et jus aditus* » (liv. XIII Observ. C. 36), et dans un autre endroit : « *itus a litus* » (Comment. Quæst. Papin. liv. VIII in fine). — Noodt, invoquant de vieilles inscriptions, adopte la version de « *iter eis aditus* ». (Noodt, Observat. liv. II. ch. 27. — Gruter, Corpus Inscript. p. 611. Inscript. 13.) La question est sans importance, car elle ne modifie en rien le sens de la loi.

(1) L. 12, pr. de relig.

(2) Brunemann, liv. XI, tit. 7, ad l. 12.

(3) Francisci Duareni Opera. Lucques, 1765. De Servitutibus, t. I, p. 346.

fonds servant (1). Si elle est de droit privé, c'est donc que le fonds auquel elle est due est lui-même de droit privé, la servitude suivant toujours la condition du fonds dominant. Par conséquent, elle n'est point due au sépulcre en sa qualité de chose religieuse, car elle deviendrait alors *res divini juris*, de même que lorsqu'un lieu devient public, la servitude qui lui est attachée prend, elle aussi, le même caractère (2). Puisque notre servitude demeure *juris privati*, il faut lui reconnaître sa base dans cette *veluti proprietatis causa* dont nous avons parlé, qui subsiste après l'inhumation au profit du propriétaire, et qui lui permet d'exercer les droits et actions dans les limites que nous connaissons.

104. — La servitude *itineris ad sepulchrum* présente cette différence remarquable avec les autres servitudes, qu'elle ne se perd pas par le non-usage. Un texte de Paul le déclare expressément : « *Ita sepulchro debitum, non utendo nunquam amittitur* » (3). La nature même de cette servitude semble la cause rationnelle d'une telle dérogation à la loi habituelle qui régit la matière. Le fait de la sépulture ne se présente point à des intervalles déterminés ; il adviendra, par exemple, que dans une famille un espace de temps plus ou moins long s'écoule sans qu'il y ait lieu de procéder à l'inhumation de l'un de ses membres. On ne peut donc fixer d'avance aucun terme à l'expiration duquel cette servitude s'éteindrait par le non-usage. Certains auteurs estiment toutefois qu'elle prendrait fin au cas où l'on constaterait qu'après plusieurs décès successifs, les morts ne seraient plus enterrés dans le lieu habi-

(1) L. 14, § 1, D. de servitut. — Doneau. liv. XI, ch. IX, § 22. Œuvres, t. III, p. 308.

(2) L. 25, § 2, D. de servitut. prædior. rustic.

(3) L. 4, D. quemadm. servit. amittunt.

tuel de la sépulture de famille ; il y aurait alors abandon tacite du sépulcre. Conformément à l'opinion de Cujas et contrairement à celle de Doneau, nous n'admettons point cette dernière exception. L'intermittence forcée des inhumations n'est pas la seule cause de la dérogation au principe ; il y a d'autres servitudes, en effet, qui ne s'exercent qu'à des intervalles irréguliers et qui s'éteignent cependant par le non-usage (1). Le vrai motif est celui de l'entière indépendance laissée aux manifestations des pieux devoirs de famille ; quand bien même de nouvelles inhumations ne surviendraient plus, l'accès du sépulcre ne devrait pas moins rester libre. Le passage dont nous parlons est requis non seulement pour permettre le transport du défunt à sa dernière demeure, mais encore pour faciliter l'accomplissement des rites funéraires aux jours marqués, et rendre la visite du tombeau aussi fréquente que le décidera pour chacun la piété envers les morts (2).

§ IV. — *Stipulation. — Legs. — Gage. — Servitude. — Partage. — Usucapion et prescription.*

105. Application des principes posés.
106. Le sépulcre ne peut faire l'objet d'une stipulation.
107. Il ne peut être légué.
108. Il ne peut être donné en gage.
109. Il ne peut supporter un droit de servitude.
110. Il ne peut être partagé.
111. Il ne peut être usucapé ou prescrit.

105. — Les développements que nous venons de donner, à propos de la vente, sur la condition légale du sépulcre, pour-

(1) L. 6, l. 7, D. quemadm. servit. amitt.

(2) Cujas, Comment. liv. XXVII. Pauli ad Edictum. Explicat. l. 4, quemadm, serv. amit. Op. t. V, p. 380. — Doneau, liv. XI, chap. 18, § 21. Op. t. III. p. 406. — Corasius, ad l. 44, § 1, de Servit., nos 4 et 5. — Merillus, Explicat. tit. D. de Servitutibus : — Otton, t. III, p. 646.

raient être reproduits à l'occasion de tous les faits juridiques. Le principe étant le même, les conséquences sont nécessairement semblables. Ce lieu, étant *extra commercium*, ne peut fournir l'objet d'aucune obligation.

106. — De même donc que la vente, la stipulation qui porterait sur un lieu religieux, serait nulle. Il ne faut cependant pas les assimiler absolument. La stipulation inutile ne donne point naissance à des dommages-intérêts au profit du stipulant. En cas de vente, au contraire, on peut, dans certaines circonstances, en obtenir par l'action *ex empto*, ainsi que nous l'avons vu. Cette différence entre les deux contrats se rattache à la distinction plus générale que l'un est de droit strict, et l'autre de bonne foi (1).

107. — Nul serait aussi le legs qu'une personne ferait d'un sépulcre. On ne saurait en effet léguer une chose dont on n'a pas le *commercium*. Mais si, pour cette raison, le legs du tombeau est impossible, il n'en est pas ainsi du droit de sépulture lui-même. « *Monumenta quidem legari non posse manifestum est*, dit la loi 14, C. *De Legatis* : *Jus autem mortuum inferendi legare nemo prohibetur* ». Ce droit est un droit privé, engendrant des moyens de protection privés, que nous connaissons ; il est naturel que celui qui en a la jouissance puisse en disposer au profit de la personne qu'il jugera la plus digne de son choix (2).

108. — Les lieux religieux ne peuvent être donnés en gage, et à plus forte raison les cadavres qui y sont déposés (3).

(1) Cujas, Comment. Dig. liv. XVIII, tit. I, de contrah. empt., l. 4, 5, 6. Op. t. VII, p. 677. — Id. Institutes, ch. XIX, § 2. — Accarias, n° 602.

(2) Doneau, Explicat. l. 14, C. liv. VI, tit. XXXVII.

(3) L. 3, C. quæ res pignori oblig.

La coutume contraire semble avoir été adoptée par les Egyptiens, qui remettaient parfois à leurs créanciers, jusqu'au paiement de leurs dettes, les corps de leurs parents (1).

109. — Si le sépulcre peut bénéficier de l'établissement d'une servitude qui est indispensable à son usage, — la servitude *itineris ad sepulchrum*, — la réciproque n'est pas vraie. Le lieu religieux deviendra donc fonds dominant ; mais il ne sera jamais fonds servant. (L. 14, § 2, D. *De Servitutibus.*)

110. — Lorsqu'est intentée une action en partage d'une succession comprenant un sépulcre, elle ne s'applique point à ce sépulcre. Il restera indivis entre les différents cohéritiers, qui y conserveront tous un droit égal à l'inhumation. Cependant le terrain profane qui l'entoure, s'il est contigu à une habitation, appartiendra à celui qui, en vertu du partage, aura reçu dans son lot cette habitation. Seul le sépulcre ne sera pas divisé (2). Nous aurons occasion de revenir sur ce point à propos des sépulcres de famille.

111. — Les Institutes mentionnent un certain nombre de choses qui ne peuvent être usucapées par aucun laps de temps et bien qu'elles aient été possédées de bonne foi, spécialement l'homme libre, l'esclave fugitif et les choses sacrées ou religieuses (3). Ce texte est confirmé par la loi 9 D. *De usurpationibus et usucapionibus.*

Nous ne parlons ici, bien entendu, que du lieu de sépulture ; quant au *jus sepulchri*, nous avons vu que la question

(1) Balduinus, de pignoribus et hypothecis : Heineccius, t. I, p. 285.
(2) L. 4, l. 9, C. de relig.
(3) Institutes, liv. II, tit. VI, § 1.

de savoir s'il peut être prescrit n'est point tranchée, et que la conciliation entre la loi 4, D. *De Mort. infer.*, et la loi 6, C. *De Religiosis*, paraît difficile à établir (1).

(1) V. suprà, n° 87.

CHAPITRE V.

DES SÉPULCRES APPARTENANT A UNE UNIVERSALITÉ.

112. Le *jus sepulchri* peut appartenir à un seul ou à plusieurs.

112. — Après avoir étudié le « *jus sepulchri* » en lui-même, nous nous proposons de l'envisager dans ses différentes applications. Toute personne pourra l'exercer librement, si elle n'en est pas indigne ou incapable, ou si par sa condition sociale elle ne s'en trouve pas privée. A sa volonté, elle rendra son terrain religieux, en y déposant un mort. Elle se choisira pour elle-même un lieu de sépulture ; elle le destinera à l'inhumation de son conjoint en même temps qu'à la sienne, si elle le désire ; elle y admettra enfin telles ou telles personnes, suivant ses intentions.

Les choses se passent ainsi lorsque le tombeau est la propriété (1) d'un seul individu. Mais il y a des cas où le droit au sépulcre est partagé entre plusieurs ; chacun alors l'exercera pour sa part, sans qu'il puisse être troublé par le droit égal des autres. C'est ce que nous allons constater en parlant des sépulcres héréditaires et de famille, et des sépulcres communs.

(1) Nous savons suffisamment quel sens il faut, en notre matière, donner au terme *propriété*.

ARTICLE I.

Sépulcres de famille et héréditaires.

113. Leur raison d'être déduite de l'organisation de la famille antique.
114. Origine. Sépulcre de la *Gens*.

113. — Le dernier désir du Romain mourant à l'étranger est de pouvoir faire réunir ses cendres à celles de ses ancêtres. Pour obtenir le transport de ses restes dans la patrie, il n'est pas de moyens qu'il ne tente : parfois, nous apprend la loi 30, § 2, D. *de adimendis vel transferendis legatis*, il en fait la condition d'existence d'un legs (1). Pour lui en effet, c'est la certitude du repos après la mort. Il est sûr que les survivants de la famille ne négligeront point les offrandes funèbres, et que, dans le but de l'empêcher de tomber au rang de démon malheureux ou malfaisant, ils accompliront les rites prescrits que leur postérité leur continuera à eux-mêmes, lorsqu'ils ne seront plus. C'est bien là un des caractères les plus remarquables de la famille antique. Elle a grand intérêt à se perpétuer ; car une famille qui s'éteint, c'est un culte qui s'en va, et toute la série de ses morts tombe dans l'oubli et l'éternelle misère. Ainsi les morts ont besoin des vivants, et, au moment de disparaître, ils sont heureux d'emporter la certitude qu'il y aura toujours un homme de leur sang pour offrir les funèbres sacrifices. On voit par là l'importance que tenait dans l'antiquité le tombeau de famille, et avec combien de raison Cicéron pouvait dire : « *Magnum est enim eadem habere monumenta*

(1) Tussanus de la Rue, Amœnæ juris observationes, ch. 8. ; Otton, t. V, p. 1499.

majorum, iisdem uti sacris, sepulcra habere communia (1) ».

Chaque famille avait donc un lieu de sépulture qui faisait partie essentielle de son patrimoine, et où ses membres venaient reposer l'un après l'autre.

114. — Il faut faire remonter au tombeau de la *gens* l'origine de cet usage. Parmi les droits essentiels qui appartenaient aux personnes composant la *gens*, le partage d'un sépulcre commun était aussi important que celui des *sacra*. Le monument recevait donc tous les membres de la *gens* qui portaient le même nom ; et si une famille venait à s'en détacher, l'érection d'un nouveau sépulcre devenait aussitôt nécessaire. Tant que subsista son organisation et l'union étroite de ses membres, la *gens* garda son tombeau, c'est-à-dire jusque sous l'Empire : c'est alors que nous rencontrons les sépulcres de famille ou héréditaires dont nous allons parler (2).

§ I. — *Sépulcre de famille.*

115. Des personnes qui y sont admises.
116. Il est ouvert aux enfants émancipés.
117. Il l'est également aux enfants exhérédés.
118. Les affranchis y ont-ils droit ? Controverse.

115. — C'est celui, dit la loi 5, D. *de relig.*, que l'on s'est construit pour soi et sa famille. Il est ouvert aux agnats et aux héritiers.

1° Peuvent y prendre place les personnes qui composent la parenté civile. De même que le droit de faire les sacrifices

(1) Cicéron, De Officiis, liv. I, ch. XVII.
(2) Marquardt. Privatleben, I, p. 353. — L. 5. 1. 6. D. de relig.

au foyer, celui d'accomplir les rites funèbres ne se transmet que de mâle en mâle, et le culte des morts ne s'adresse qu'aux ascendants en ligne masculine dans la famille (1). La parenté a pour fondement ce culte, et non point le fait de la naissance. Les seuls agnats sont donc inhumés dans le sépulcre. Sans doute, à mesure que s'adoucirent les règles austères de cette religion domestique, il s'ouvrit aux autres parents, et les cognats finirent par y être admis au même rang.

Néanmoins, le Code de Justinien maintient encore la distinction dans la loi 8 *de relig.* qui refuse la sépulture dans ce tombeau « *ad affines et proximos cognatos* ».

2° Le droit au sépulcre de famille pour les parents est absolument indépendant de la qualité d'héritier. Il importe donc peu qu'ils aient été institués ou qu'ils aient accepté la succession. Toutefois les héritiers eux-mêmes y trouveront place, quand bien même ils seraient étrangers (2). En les appelant à sa succession, le testateur les fait entrer vraiment dans sa famille, et les établit ses représentants. A ce titre peuvent être inhumés les cognats ou alliés qui n'y auraient point droit par eux-mêmes. C'est donc à titre de membre de la famille que l'héritier trouve place dans ce sépulcre ; il n'en acquiert point pour cela la propriété et n'y peut déposer aucun des siens (3).

116. — Les enfants émancipés conservent leur droit au sépulcre. Sans doute, ils n'appartiennent plus à la famille ; mais il faut reconnaître là que les liens du sang ne sont point rompus par le droit civil (4). D'ailleurs, s'ils n'y avaient pas

(1) Fustel de Coulanges, Cité antique, liv. II, ch. v.
(2) L. 13, C. de relig.
(3). Orelli, 4392.
(4) L. 8, D. de reg. ur.

été admis comme fils de famille, ils auraient pu l'être comme héritiers : la *bonorum possessio contra tabulas* peut leur restituer les droits perdus par leur émancipation (1). Au demeurant, ils ont été héritiers à un moment donné : cela suffit ; le droit au sépulcre une fois acquis ne se perd plus.

117. — Le même principe doit s'appliquer aux enfants exhérédés. Ils demeurent toujours les enfants du père de famille : l'exhérédation peut, du reste, avoir eu lieu dans un but favorable à leur postérité, par exemple afin d'enlever l'hérédité à un fou ou à un impubère, et de pratiquer la succession fédéicommissaire. En tous cas, un motif d'humanité exige qu'ils ne soient pas privés de la sépulture dans le tombeau de famille. On la leur accorde donc à eux et à leurs descendants ; mais défense leur est faite de transmettre le *jus sepulchri* à des étrangers. Ajoutons que le testateur est toujours libre, d'ailleurs, de les priver expressément du droit de sépulture (2).

118. — Une question plus délicate est celle de savoir si les affranchis peuvent prétendre au sépulcre de famille. Les rapports étroits qu'ils conservent avec leurs patrons semble-raient bien devoir leur conférer ce droit. Ils sont associés au culte de la famille ; ils portent son nom, et participent aux *sacra gentilitia* (3). Aussi a-t-on pu remarquer, non sans apparence de raison, que, loin de leur être refusé, ce droit devrait toujours leur être accordé, même dans le silence du testateur à ce sujet (4). Certains auteurs ont prouvé par des inscriptions

(1) L. 1, § 6, D. de bonor. poss. cont. tabul. — A. Faber, Rationalia, ad l. 6, de relig.

(2) Suétone, Auguste, cap. ult. — Noodt, ad l. 6, de relig. — Faber, id.

(3) Willems, Droit public romain, 4e édit. Des « Cives libertini ».

(4) Fernandez de Retes : Meermann, Thesaurus, La Haye, 1752, t. V I, p. 17. — Brissonius, Selectarum antiquitatum lib. II, cap. 14, p. 54. Leyde, 1749.

que la punition ordinaire du *libertus impius* et *ingratus* aurait été l'exclusion de ce droit (1). Il faut toutefois reconnaître que les textes le leur dénient formellement.

Recherchons-en l'explication dans les conséquences des principes que nous avons étudiés. Les affranchis ne sont point les agnats du patron, et, à moins d'être spécialement institués héritiers, ils n'ont point de vocation héréditaire. La loi ult. C. *de Verbor. signific.* les appelle cependant *de plano* à recueillir à la place du patron, dans le cas particulier d'un legs laissé à la famille; elle règle alors l'ordre de succession, au profit des enfants d'abord, puis successivement des gendres, de la bru, des affranchis, les uns au défaut des autres. Mais le texte n'a pas une portée générale. Autrement il faudrait reconnaître le *jus sepulchri* au gendre et à la bru, ce qui serait en contradiction formelle avec la loi 8 C. qui le refuse aux alliés (2).

Mais si l'affranchi est institué héritier, nul doute qu'à ce titre il n'ait le *jus sepulchri*. La loi 6, D. *de religiosis*, prend soin de déclarer que c'est la seule hypothèse où l'affranchi peut l'obtenir; en tous autres cas il en est exclu, nonobstant les inscriptions contraires qui pourraient se trouver sur les monuments. Cette loi prévoit par conséquent le cas où une personne, en construisant le sépulcre, y aurait inscrit d'une manière apparente qu'elle l'a érigé pour elle et ses affranchis: « *sibi libertisque fecisse* ». Les inscriptions à Rome avaient une réelle valeur ; elles contenaient en elles-mêmes une forte présomption et mettaient toujours au moins la preuve du contraire à la charge de l'adversaire. Quand elles figuraient

(1) Willems, op. cit. p. 113. — Marquardt, Manuel d'antiquités romaines, Leipzig, 1843-67, t. I, p. 366, n° 2346. — Orelli, Inscript. 4434, 4436. — Wallon, Histoire de l'esclavage dans l'antiquité, 2e édit., p. 479 et 502.

(2) A. Faber, Rationalia, ad l. 6, de relig.

sur les monuments publics, leur témoignage était encore plus grave, ainsi que le dit la loi 10 D. *De Probationibus*: « *Census et monumenta publica potiora testibus esse senatus censuit* ». A vrai dire, celles qui se trouvaient sur les tombeaux n'avaient pas ce dernier caractère, car les sépulcres étaient des édifices privés; quoi qu'il en fût, la volonté qu'elles exprimaient était impuissante à modifier la loi, et, dans le cas qui nous occupe, il est évident qu'elles ne suffisaient point pour donner le *jus sepulchri* aux affranchis (1).

Nous retrouvons la même déclaration dans la loi 6 C. *De Relig.* qui confirme la loi correspondante du Digeste. Ni les inscriptions des monuments, dit-elle, ni la propriété du lieu profane (c'est-à-dire du terrain qui entoure le lieu religieux) ne transfèrent aux affranchis le droit au sépulcre.

§ II. — *Sépulcre héréditaire.*

119. De ceux qui peuvent y recevoir la sépulture.
120. La volonté du testateur souveraine.
121. L'héritier fidéicommissaire y est admis comme l'héritier fiduciaire. Opinion contraire de Doneau.

119. — On appelle ainsi le sépulcre qu'une personne a élevé pour elle et ses héritiers, ou bien encore qu'un père de famille a acquis par droit de succession (2). L'héritier en a la pleine propriété et peut le transmettre.

1° Tous les héritiers y sont admis. On entend par là tous ceux qui ont eu, à un moment donné, une vocation successorale quelconque, testamentaire ou *ab intestat* même pour une

(1) Cujas, Comment. liv. X, Quæst. Pap. Expl. l. pacta conventa. — Noodt, Comment. liv. XI, t. VII, ad l. 6. — A. Faber, Rationalia, id. — Gutherius, de jure manium, ch. 9.

(2) L. 5, l. 6, D. de relig.

part infime, tous les successeurs de droit civil et de droit prétorien, les étrangers qui ont obtenu l'*addictio bonorum* (1) ; il faut y ajouter l'héritier indigne, et l'héritier fiduciaire qui a restitué la succession en vertu d'un fidéicommis, car leur situation présente ne leur enlève pas le bénéfice de leur vocation première (2).

2° En dehors des héritiers, le *jus sepulchri hereditarii* compète à tous les descendants, agnats ou cognats, sans distinction de sexe ni de degré, aux enfants émancipés comme à ceux qui demeurent sous la puissance paternelle, qu'ils soient héritiers ou non ; il est accordé aussi aux exhérédés, d'après le principe énoncé plus haut, et suivant les mêmes conditions (3).

120. — L'héritier ne doit rien faire contre la volonté du testateur. Celui-ci peut avoir pris soin d'interdire toute inhumation dans le sépulcre héréditaire. L'héritier devra s'y conformer, sous peine de s'exposer à l'action *sepulchri violati*. De même, si le testateur a déclaré que le droit d'inhumer n'appartiendra qu'à un seul des héritiers, cette disposition devra être observée (4). Il leur est interdit de partager ce droit de leur propre initiative à l'effet de l'abandonner à un seul ; ils le reçoivent tel qu'il est, et tel que le testateur le leur transmet ; ils ne peuvent pas plus en disposer entre eux qu'à l'égard des étrangers.

121. — Nous avons mentionné que, dans le cas de fidéicommis d'hérédité, le *jus sepulchri* est accordé à l'héritier fiduciaire ; faut-il le donner aussi au fidéicommissaire ?

(1) L. 4, § 21, D. de fideicom. libertat.
(2) L. 33, D. de relig. — L. 42, § 1, D. ad senatusc. trebell.
(3) Ant. Faber. Cod. liv. III, tit. XXV, defin. 10, note.
(4) L. 3, § 3, D. de sepulc. violat.

Doneau se refuse à lui reconnaître ce droit (1). Pour soutenir sa théorie, il invoque le texte de Paul que nous avons déjà rencontré : « *Restituta hereditate jura sepulchrorum apud heredem remanent* » (2). Il ne se laisse point arrêter par les termes de la loi 6 pr. D. *De Relig.*, qui donne le droit de sépulcre héréditaire et de famille à tous les héritiers et autres successeurs, quels qu'ils soient, « *heredibus cæterisque successoribus, qualescumque fuerint* » ; il comprend ce texte dans le sens que telle ou telle catégorie de successeurs peut être admise au sépulcre, mais non plusieurs à la fois. Enfin il applique à faux, croyons-nous, la règle de droit qu'il ne peut y avoir deux héritiers pour le tout à un même objet (3), et se retranche derrière le principe que le *jus sepulchri*, étant un droit inhérent à la personne de l'héritier, ne saurait être transmis par fidéicommis.

Nous devons rejeter ce système. Sans doute, si nous avions à choisir entre le fiduciaire et le fidéicommissaire, il serait naturel de donner de préférence au premier l'entrée au sépulcre, car c'est lui qui tout d'abord a été directement institué héritier ; mais rien ne s'oppose à ce que l'un et l'autre y soient admis.

Contre l'argument tiré du texte de Paul, nous dirons qu'il faut interpréter dans son vrai sens le mot « *remanent* ». Il signifie que le *jus sepulchri* demeure à l'héritier fiduciaire, mais nullement qu'il ne puisse en même temps passer au fidéicommissaire. Ce droit sera partagé entre eux comme entre tous autres successeurs. La loi 6 *De Religiosis* en effet

(1) Doneau, Jus civ., liv. VII, ch. XXV, § 9 ; t. II, p. 617. — Chifletius, de Substitutionibus, cap. VI et VII : Otton, t. V, p. 686 et 689. — Noodt, Comment. liv. XI, t. VII.

(2) L. 42, § 1, D. ad senatusc. trebell.

(3) L. 141, § 1, D. de regul. jur.

ne distingue point par catégories ; elle admet au sépulcre tous ceux qui ont une vocation héréditaire quelconque, civile ou prétorienne. L'entrée en est permise aux enfants exhérédés, aux étrangers qui ont demandé l'*addictio bonorum* ; rien de surprenant qu'elle ne soit pas refusée au fidéicommissaire qui succède réellement au testateur. Quant à la règle de droit décidant qu'il ne peut y avoir deux héritiers pour le tout à un même objet, nous répondrons que nous sommes là en dehors de son application ; on ne peut assimiler le cas présent au conflit de deux héritiers en face de la même succession. Ajoutons enfin que le *jus sepulchri* est bien sans doute un droit attaché à la personne, mais précisément à la personne de l'héritier, quel qu'il soit ; si donc plusieurs se trouvent ayant la vocation héréditaire, ce droit passera à chacun d'eux.

ARTICLE II.

Sépulcres communs.

122. Sociétés formées pour leur établissement.
123. Sépultures des collèges d'artisans.
124. Collèges funéraires.
125. Types de ces associations.
126. Leur organisation.
127. Ressources propres à ces collèges funéraires.
128. Avantages qu'ils procurent à leurs membres. — Le *funeraticium* et sa réglementation.
129. Leur rôle dans les premiers siècles du Christianisme. Les collèges des petites gens.

122. —En dehors des sépulcres de famille et héréditaires, il nous faut signaler les sépulcres communs. C'est surtout autour des villes et de Rome en particulier qu'on les rencontre. Dans les provinces en effet, dans les régions rurales, les personnes peu fortunées pouvaient encore acheter pour elles et

les leurs un emplacement, si exigu qu'il fût ; mais aux portes d'une grande agglomération, le terrain, étant plus recherché, a une valeur plus grande.

On formait alors une société pour élever le sépulcre à frais communs. Une fois qu'il était construit, on se le partageait, et chacun devenait propriétaire exclusif de la portion qui lui était attribuée. Une fois sa mission terminée, la société ce dissolvait naturellement. Ces associations entraient dans la catégorie des *societates alicujus rei* dont nous parlent les textes.

Les inscriptions ont conservé la mémoire de ces sortes de contrats. Le plus grand nombre a trait aux *columbaria*, qui autour de Rome étaient le mode préféré de construction des tombeaux, parce qu'ils nécessitaient moins de terrain, et que l'on gagnait en hauteur ce que l'on perdait en étendue.

L'inscription suivante se rapporte à un *columbarium* construit à frais communs par quatre personnes. Il contenait la place de 20 urnes (*ollæ*), ce qui faisait cinq *ollæ* pour chaque associé; la répartition se faisait dans ce cas par parts viriles: « *C. Causinius, Scolæ libertus, Spinter, in hac societate primus curator factus est, et hoc monumentum ædificandum expoliendum curavit, sociisque probavit. Habet partes virile squatuor, ollas viginti. Campia Lucii liberta Causinio, sibi et suis* (1). »

Parfois les places étaient attribuées inégalement, les apports des associés ayant été sans doute différents. De plus, on pouvait céder son propre emplacement ; nous en trouvons la preuve dans l'inscription suivante de Bologne : « *Sibi et suis, Aulus Fabius, Auli libertus, Philarcurus, curator tertius, ex sor-*

(1) « C. Causinius Spinter, affranchi de Scola, a été le premier curateur de cette société. Il a construit et orné ce monument, et l'a livré aux associés. Le monument se répartit en quatre parts viriles et contient vingt *ollæ*. » (Wilmanns, Exempla inscript. latin. nº 336.)

titione ollas sex et emptas olla s duas de Cornelio Felice ex sorte prima et a Maclonio Sabino ex sorte tertia. Ollas (acceperunt) C. Vetienus, Gaii libertus, Philadelphus, Vetiena Gaii liberta Nyissa » (1).

Plus loin : « *M. Peperna Æschinus emit ollas III. de Diani Erote* » (2). Et encore : « *L. Cornelius, Lucii libertus, Regillus ollam legavit Marco Valerio, Marci liberto, Frontoni* » (3).

123. — A côté de ces sépulcres élevés par des personnes qui n'étaient unies par aucun autre lien qu'un contrat de société civile, il faut placer les sépultures des collèges d'artisans.

Il ne nous appartient pas de donner des détails sur ces corporations. Disons seulement que leur origine remonterait, d'après les historiens, au règne de Numa, qui en aurait créé huit. Ils subirent, sous la République et surtout pendant les guerres civiles, des vicissitudes diverses. Sous l'Empire, ils atteignirent leur plein développement : leur nombre se multiplia avec des variétés presque infinies, et la place qu'ils tiennent dans l'histoire du travail et de l'organisation des basses classes à cette époque est considérable.

Or parmi les obligations de ces collèges, certaines regardaient les confrères défunts. Les membres de la corporation assistaient aux funérailles ; une certaine somme, appelée *Funeraticium*, était comptée à l'héritier du mort pour subvenir aux frais de la sépulture et des cérémonies funèbres qui

(1) « Pour lui et les siens, Aulus Fabius Philarcurus, affranchi d'Aulus, trois sième curat eur, a six *ollæ* faisant partie de son lot, et deux achetées de Corneliu-Félix, destinataire du 1er lot, et de Maclonius Sabinus, propriétaire du troisième lot. C. Vetienus Philadelphus, affranchi de Gaius, et Vetiena Nyissa, affranchie de Gaius, ont reçu des *ollæ*. » (Willmanns, op. cit. n° 335.)

(2) « M. Peperna Æschinus a acheté trois *ollæ* à Eras. » (Id. n° 341.)

(3) « Lucius Cornelius Regillus, affranchi de Lucius, a légué une *olla* à Marcus Valerius Fronto, affranchi de Marcus » (n° 340).

l'accompagnaient ; quant au lieu de sépulture même, le collège possédait le plus souvent un tombeau commun.

« *Ustrina Saccariorum, in fronte pedes* XII, *in agro pedes* XVI », lit-on près d'un *columbarium* à Rome, à l'endroit où l'on brûlait les corps des membres de la corporation des *Saccarii*, faiseurs ou porteurs de sacs. (Wilmanns, *Exempla Inscript lat.*, n° 328)

« *Sociorum mimarum* », voit-on ailleurs (id. n° 326).

Le n° 329 porte la mention du « *collegius* (sic) *aquariorum* ». — Et au n° 330 nous lisons : « *Locus sepulturæ donatus. C. Valgius Fuscus conlegio jumentariorum portæ Gallicæ posterisque eorum omnium et uxoribus concubinisque* ».

Dans Orelli (n° 4107), un membre du collège des *mensores machinarii* dispose du reliquat du *Funeraticium* ; il le restitue au collège, et veut qu'avec les intérêts de ce capital on célèbre chaque année un sacrifice, le jour anniversaire de la naissance du testateur, ainsi que des cérémonies funèbres en l'honneur de ses parents (*parentalia*).

124. — Des collèges d'artisans aux collèges funéraires proprement dits la transition est presque insensible. On a même dit que les premiers n'étaient en réalité que des collèges funéraires. C'est aller trop loin. Ils ont sans doute laissé leur trace la plus durable sur la pierre des tombeaux ; mais il ne faut pas en conclure que le devoir de la sépulture à rendre aux membres était le but unique de leur existence.

D'un autre côté, il est bien vrai que pour tel collège on peut se demander avec quelque hésitation si l'on se trouve en présence d'une association funéraire véritable ou de quelque autre. Que penser, par exemple, de l'association composée des esclaves et des affranchis d'un riche personnage qui bâ-

tissent des *columbaria* ou les entretiennent ? En 1852, on a découvert à Rome, sur la voie Appienne, un *columbarium* destiné à la *familia* des empereurs. De nombreux monuments de ce genre sont connus. Y avait-il là une association quelconque, un collège ? Ce collège n'était-il que funéraire, ou avait-il en outre un autre but ? Ce sont des points encore fort obscurs ; aussi est-il préférable, avant de se prononcer, d'attendre quelque découverte nouvelle qui fasse la lumière.

125. — Revenons aux collèges funéraires *stricto sensu* (1). Leur légalité n'est pas douteuse ; il y est fait allusion dans la loi 4, D. *De Collegiis*. Pendant longtemps on a cru ne posséder qu'un seul exemple d'association de cette sorte ; il s'agissait d'un document appelé *lex collegii Æsculapii et Hygiæ*, qui n'est autre qu'une disposition additionnelle à la véritable *lex* de ce collège. Au commencement du siècle, deux découvertes importantes ont été faites : c'est d'abord l'acte de dissolution du *collegium Jovis Cerneni* établi à Alburnus Major en Pannonie, et en second lieu le règlement du collège des adorateurs de Diane et d'Antinoüs, trouvés en 1816 dans les ruines de Lanuvium (2). Enfin, il y a trois ans, M. Cognat trouva sur les confins de la Tunisie et de la province de Constantine la *lex* d'un nouveau collège appelé *curia Jovis* (3).

Par la comparaison des trois premiers documents que nous avons cités avec d'autres inscriptions ou fragments d'inscriptions, M. Mommsen est arrivé à cette conclusion, univer-

(1) V. Mommsen, De collegiis et sodalitiis romanis. Kiel, 1844. — Boissier, La religion romaine d'Auguste aux Antonins, t. II, p. 266-312. — Allard, Histoire des persécutions pendant la première moitié du III^e^ siècle. Appendice A. Les domaines funéraires des particuliers et des collèges, p. 453-457.

(2) Giraud, Enchiridion, p. 662. — Orelli, 6086.

(3) Bulletin épigraphique de la Gaule, 1884. Cette inscription est aujourd'hui au musée du Louvre.

sellement admise désormais, que le nombre des collèges funéraires dont le souvenir nous a été conservé est beaucoup plus considérable qu'on ne se l'imaginait. Suivant lui, les dénominations suivantes, que l'on rencontre assez fréquemment, se rapportent à des associations de cette nature : *Cultores Jovis*, *cultores Herculis*, *sodales Herculani*, *cultores Doripatri*, *collegium salutare*. La plupart de ces collèges, on le voit, prenaient le nom d'une divinité spéciale et se mettaient sous sa protection (1).

126. — Le nombre des membres variait suivant les différents règlements des associations. Parfois il était strictement limité, comme dans la *lex collegii Æsculapii et Hygiæ*. Les esclaves pouvaient en faire partie : la *lex cultorum Dianæ et Antinoi* prévoit le cas où le maître de l'esclave ne voudrait pas donner son corps au collège funéraire.

A la tête du collège est un *magister* nommé pour cinq ans, et pour cette raison appelé *quinquennalis*. Il est assisté d'un *scriba* et d'un *viator*, dont les fonctions, d'après Mommsen, sont perpétuelles.

La *lex collegii Æsculapi et Hygiæ* nous signale divers autres personnages : un *quinquennalis perpetuus*, un *pater collegii*, une *mater collegii*, des *immunes*, des *curatores*. Le *pater* et la *mater collegii*, d'après ce qui résulte de l'ensemble de la *lex*, sont deux bienfaiteurs du collège ; les *immunes* en sont des membres privilégiés, peut-être d'anciens *curatores* ou d'anciens *quinquennales*.

Citons à ce sujet le passage de la *lex collegii Dianæ et Antinoi* qui se rapporte au même ordre d'idées : « *Placuit ut*

(1) Boissier, Les Cultores deorum, Revue archéologique, t. XVIII (1872). — De Rossi, I. Collegii funeraticii famigliari e privati e le loro denominazioni. 1877. — Id. La villa di Silio Italico ed il collegio salutare nel Tusculo, 1882.

quisquis quinquennalis in hoc collegio factus fuerit, is a sigillis ejus temporis quo quinquennalis erit, immunis esse debebit. Item placuit ut quisquis quinquennalitatem gesserit integre ei ob honorem partes sesquiplus ex omni re dari. » C'est à des privilèges de cette nature sans doute que fait allusion le mot *immunis* de l'inscription du collège d'Esculape.

A Alburnus Major nous trouvons deux *magistri* et deux questeurs.

Enfin, dans la *lex curiæ Jovis*, il est fait mention de trois dignitaires : un *flamen*, un *magister* et un *quæstor*.

127. — La caisse commune du collège est alimentée par quatre sources :

1° Les dons et legs faits par des bienfaiteurs étrangers, ou même par les membres de l'association. Le collège d'Esculape et d'Hygie nous offre l'exemple d'une de ces libéralités.

2° Un droit d'entrée (*capitularium*) que paient les nouveaux venus.

3° Une prestation périodique due par les membres admis.

4° Le produit des amendes encourues par les membres qui manquent à leurs devoirs sociaux.

Au collège de Diane et d'Antinoüs, le droit d'entrée et les prestations périodiques offrent un caractère curieux : ils se paient en argent et en nature. Le droit d'entrée est fixé à 100 sesterces, plus une amphore de bon vin (*boni vini amphoram*). La cotisation mensuelle est de cinq as.

Dans la *lex curiæ Jovis*, il n'est pas question de droit d'entrée ; mais les amendes se paient tantôt en nature, tantôt en argent. Ainsi on y lit : « *Si quis maledixerit flamini aut manus injecerit, dare debebit denarios duos. Si magister quæstori imperaverit et non fecerit, dare debebit (quæstor) vini amphoram.* »

128. — En échange de ces prestations, le collège assure trois choses à celui qui en fait partie :

1° Le *funeraticium* destiné à payer les funérailles ;

2° L'assistance du collège entier ou d'une délégation à ces funérailles ;

3° Un tombeau et une inscription rappelant la mémoire du défunt.

Ceux qui se donnent la mort sont privés des bénéfices que procure l'association, d'après la *lex* du collège de Diane et d'Antinoüs à Lanuvium : « *quisquis ex quâcumque causâ mortem sibi adsciverit, ejus ratio funeris non habebitur.* »

Le *funeraticium* établi par cette *lex* est de 400 sesterces ; il ne doit être remis par le collège qu'à l'héritier institué. Si le défunt meurt intestat, le *quinquennalis* et l'assemblée des membres décideront s'il y a lieu de confier le soin des funérailles à l'héritier légitime et de lui remettre le *funeraticium*, ou si le collège se chargera lui-même des obsèques. Au préalable, la *lex* proclame que nul n'aura droit à la délivrance de cette somme, ni le patron ou la patronne, ni le maître quand le défunt est un esclave, ni les créanciers. Voilà qui diffère sensiblement des règles ordinaires d'attribution des successions.

Sur ce *funeraticium*, l'héritier institué devait prélever 50 sesterces à répartir entre les confrères qui assistaient à la cérémonie funèbre : c'était l'*exequiarium*.

La *lex* détermine ensuite le cérémonial à suivre quand les funérailles avaient lieu à plus de vingt milles de Lanuvium. Trois délégués s'y rendront et veilleront à l'accomplissement des rites (1). Si le collège n'a pu être averti à temps, celui

(1) D'après la *lex curiæ Jovis*, les membres de l'association étaient obligés d'assister non seulement aux funérailles des confrères, mais encore à celles de leurs proches qui mouraient dans un rayon de six milles.

qui aura fait les frais pourra, en présentant une attestation signée de cinq citoyens romains, réclamer le *funeraticium*, déduction faite de l'*exequiarium*; mais il devra garantir que ce *funeraticium* ne sera réclamé par aucune autre personne. Il se pourrait, en effet, que plus tard un héritier institué par testament prétende l'exiger.

Si un esclave faisant partie du collège vient à mourir et que son maître refuse de livrer son corps, il lui sera fait des funérailles fictives par les soins de ses coassociés. Notons aussi un détail curieux à rapprocher des textes qui refusent à l'esclave la *factio testamenti*. La loi ajoute : « *nisi tabellas fecerit* » ; ce qui veut dire sans doute que si l'esclave a exprimé ses volontés dernières avant de mourir et a désigné quelqu'un pour procéder aux cérémonies funèbres, le collège n'aura qu'à compter le *funeraticium* à la personne indiquée.

129. — Notons, en terminant, le rôle important que les associations funéraires ont rempli dans l'histoire du Christianisme pendant les premiers siècles (1).

Les chrétiens se trouvèrent tout d'abord bénéficier de la législation qui favorisait l'inviolabilité des tombeaux. Suivant le droit commun, ils pouvaient, comme tous les sujets de l'Empire, inhumer leurs morts hors des cités, dans leurs champs ou leurs jardins. Il suffisait que l'un d'eux possédât dans quelque lieu d'accès facile un fonds de terre d'assez vaste étendue, consacré à une sépulture de famille, placé dans les conditions légales requises, pour qu'il pût offrir un asile aux cendres de ses frères. La plupart des catacombes eurent ainsi pour origine des domaines privés ouverts par la charité de

(1) Sur ce point consulter : Allard, Histoire des persécutions pendant la première moitié du IIIe siècle, chap. I. L'Eglise et le droit d'association.

riches chrétiens à la sépulture de leurs coreligionnaires.

Mais vint un moment où cette façon de procéder fut impraticable. Avec l'accroissement des inhumations, ces sortes de cimetières se transformèrent forcément d'eux-mêmes de propriété privée en propriété collective. La communauté chrétienne devint propriétaire elle-même, et profita des lois qui admettaient les associations funéraires à posséder des lieux de sépulture.

Ces sociétés, composées de petites gens (*collegia tenuiorum*), patronnées par les riches qui y entraient comme bienfaiteurs, étaient les seules qui avaient légalement survécu aux nombreuses communautés de toutes sortes qu'avaient dissoutes le sénat ou les empereurs, l'expérience ayant démontré, par les différentes agitations politiques de Rome, que l'esprit d'association était un danger pour la tranquillité de l'Etat (1). Encore n'existaient-elles que sous la condition de se conformer à des règlements très sévères, dont l'un des principaux avait naturellement pour but d'empêcher la multiplicité toujours périlleuse des réunions. La loi 1, D. *De Collegiis*, dit à ce propos : « *Permittitur tenuioribus stipem menstruam conferre : dum tamen semel in mense coeant, ne sub hujusmodi illicitum collegium coeat* ».

Profitant de cette liberté d'association, les Eglises primitives s'assemblèrent sous l'apparence de collèges funéraires. Organisées de la sorte, leurs réunions étaient en tous points légales vis-à-vis du pouvoir, mais aussi ne pouvaient en demeurer ignorées. Pour les entraver, celui-ci dut allé-

(1) Maynz, § 21, t. I, p. 423. — D. l. 2 de extraord. crim. ; ll. 1, 2, 5, de colleg. ; l. 1, § 1, ad leg. Jul. Majest. ; l. 1, quod cujuscumque universitatis. — Dion Cassius, XXXVIII, 12. — Suétone. Cæsar, 42 ; Octavius, 52. — Tacite, Ann. XIV, 17.

guer qu'elles cachaient des collèges illicites: il prit alors appui sur les textes des sénatus-consultes. La passion des persécuteurs fit le reste (1).

(1) Il serait intéressant d'étudier comparativement aux *collegia funeratitia* les associations qui, chez les différents peuples, eurent pour but médiat ou immédiat le devoir de la sépulture à rendre aux morts. — Cf. Prince de Valori, L'origine et l'organisation de la confrérie de la Miséricorde à Florence.

CHAPITRE VI.

DE LA CONSTRUCTION DES TOMBEAUX.

§ I. — *De l'interdit de sepulchro ædificando.*

130. Conditions d'exercice de cet interdit.
131. Distance entre les tombeaux et les fonds voisins.
132. Distance de tombeaux à tombeaux.
133. L'opposition à la construction est recevable tant que celle-ci n'est pas achevée.
134 L'interdit peut être invoqué au cas de réparation du sépulcre. Conditions légitimes de cette réparation.

130. — Toute personne qui a établi un lieu de sépulture a la faculté de le recouvrir d'un tombeau. Celui-ci, une fois construit, aura, nous le savons, le même caractère religieux que le *locus religiosus* proprement dit. Il importait à la religion que l'on pût librement édifier, orner, réparer les tombeaux. Cette liberté a été assurée par l'interdit *de sepulchro ædificando*, interdit prohibitoire de même nature que celui *de mortuo inferendo*, figurant au Digeste sous le même titre que ce dernier et suivant les mêmes règles (1).

La construction d'un sépulcre est entravée lorsque le propriétaire du fonds voisin empêche de transporter les matériaux nécessaires, quand il s'oppose à ce que les ouvriers employés à cet ouvrage en approchent, ou quand il interdit le dépôt sur son propre terrain des instruments (*machinæ*) dont ils ont

(1) D. liv. XI, tit. VIII, de mortuo inferendo et sepulchro ædificando.

besoin. L'interdit pourra alors être exercé par le constructeur; il faut toutefois supposer, pour le dernier cas, que le propriétaire voisin soit obligé par un lien de droit à supporter cette servitude ; car si le constructeur venait à placer ses machines sur le terrain d'une personne qui aurait le droit de ne pas les souffrir, il est évident que cette personne ne pourrait aucunement être inquiétée par l'interdit (1).

Ajoutons encore que celui qui par des manœuvres provenant de son fait détermine la ruine de l'édifice en construction est passible de l'interdit (2); dans cette hypothèse, d'ailleurs, l'action *sepulchri violati* compète en même temps au titulaire du sépulcre.

131. — Il est un cas où le propriétaire voisin pourra s'opposer à la construction du tombeau : c'est quand la distance réglementaire entre ce tombeau et son habitation n'a pas été observée; il a alors le droit d'interdire la continuation de l'ouvrage, « *nuntiare opus novum* ». De même en effet que les maisons ne devaient pas être contiguës, de même les tombeaux ne devaient pas en être rapprochés.

La distance était fixée par la loi des XII Tables, dont le dixième chef défendait d'établir un bûcher ou un lieu de sépulture à moins de soixante pieds de la maison d'autrui. C'est évidemment là le *modus legitimus* demandé par la loi 3, § 1, de notre titre.

La distance à ménager entre le tombeau et le fonds contigu n'est pas seulement obligatoire pour le constructeur du sépulcre: par une juste réciprocité, elle l'est aussi bien pour le propriétaire voisin. Nous en trouvons une preuve entre au-

(1) D. de mort. infer. l. 1, § 8.
(2) Id. l. 1, § 10.

tres dans la loi 6, § 3, D. *De Actionibus empti.* Cette loi suppose qu'une personne a acheté un terrain qu'elle destine à devenir lieu de sépulture. Elle ne l'a d'ailleurs pas encore établi. Son vendeur, sur ces entrefaites, vient construire sur la limite du fonds vendu sans laisser libre l'espace réglementaire. Cette personne, dit notre loi, pourra se retourner contre le vendeur et exercer l'action *ex empto.*

132. — Les tombeaux eux-mêmes devaient être séparés les uns des autres; « chacun d'eux avait, comme la maison, une sorte d'enceinte isolante » (1). Règle d'ordre public fondée sans doute sur le triple motif suivant : éviter les occasions d'éboulement, assurer la salubrité, protéger la religion domestique en écartant après la mort, comme pendant la vie, toute apparence de communauté avec les autres familles.

Quelle était la distance requise?

Les lois 9 et 11 C. *De ædific. priv.*, qui exigent un espace de quinze pieds pour un édifice public, demandent dix pieds pour une construction privée; et A. Faber applique cette dernière mesure aux sépulcres (2). Gaïus établit la distance égale à la profondeur des excavations : « *Si sepulchrum aut scrobem foderit, quantum profunditatis habuerint, tantum spatii relinquito* (3) ». C'est la mesure que Solon donnait à Athènes; c'est en faveur de celle-là qu'il faut conclure.

133. — Le propriétaire voisin ne pourra dénoncer le nouvel œuvre que pendant le temps de la construction. Celle-ci une fois achevée sans opposition de sa part au sujet de la non-observation de la distance réglementaire, les inhumations

(1) Fustel de Coulanges, Cité antique, liv. II, ch. VI, p. 67.
(2) A. Faber, Rationalia, ad l. 3 de mort. infer.
(3) L. ult. D. finium regundorum.

auront lieu dans le tombeau, sans qu'il lui soit possible de les empêcher. Il n'aura que la seule ressource de recourir à l'interdit « *quod vi aut clam* », s'il lui est possible de l'exercer (1).

Pour la même raison, une fois le sépulcre terminé, le propriétaire voisin n'aura plus le droit de demander la caution « *damni infecti* », au cas où l'édifice menacerait ruine, car il est en faute de l'avoir laissé s'élever sans opposition (2).

Néanmoins, en ce qui concerne la conduite des eaux pluviales qui découlent du sépulcre édifié, le constructeur est toujours tenu de les diriger de telle sorte qu'elles ne nuisent pas au fonds voisin. En vain arguerait-il, pour se décharger de cette obligation, que le tombeau étant devenu chose religieuse, il n'en est plus propriétaire et n'a pas à s'occuper de ce soin, ce serait mauvaise foi de sa part, car il en demeure toujours en quelque sorte le maître, et on peut lui reprocher de ne pas s'être préoccupé de cette question, en bâtissant (3).

134. — L'interdit *de sepulchro ædificando* peut être exercé non seulement en cas de construction d'un tombeau, mais encore quand il s'agit d'y faire des réparations. Réparer, c'est construire, dit avec raison la loi 1, § 9, de notre titre.

Celui qui entreprend la restauration est obligé de demander l'autorisation aux pontifes, car le lieu, étant devenu religieux par l'inhumation, est désormais confié à leur surveillance ; ils examineront comment on exécutera les travaux nécessaires sans enfreindre les prescriptions de la religion (4). Godefroy, dans son commentaire du Code Théodosien, cite à ce sujet deux inscriptions remarquables (5). Plus tard Cons-

(1) L. 3, D. de mort. infer.
(2) L. 13, § 7, D. de damno infecto.
(3) L. 4 pr. D. de aquâ et aquæ pluviæ arcendæ.
(4) L. 5, § 1. D. de mort. infer. — Voët ad h. l.
(5) Godefroy, Code Théodosien, de Sepulc. Violat. t. III, p. 151.

tance (dans la constitution II au Code Théodosien) sécularisa cette juridiction ; il la partagea à Rome entre les pontifes et le préfet de la ville, et dans les provinces la donna aux juges.

Si l'on a déposé des dépouilles mortelles dans un monument avant qu'il soit entièrement construit, le caractère religieux qui y est dès lors attaché ne s'oppose pas à son achèvement ; il y va en effet de l'honneur et du respect dus aux morts. Dans ce cas, point n'est besoin de l'autorisation des pontifes ; elle n'est obligatoire que lorsqu'il s'agit de réparer un sépulcre préalablement terminé, définitivement « *perfectum* » (1).

§ II. — *De la décoration des tombeaux.*

135. Impuissance des lois somptuaires à en réprimer le faste.
136. Classification des tombeaux en trois catégories.
137. La sépulture du pauvre.
138. Des épitaphes. Leur luxe, leurs variétés ; à quel moment elles sont apposées.
139. Leur caractère juridique.

135. — Le luxe de la décoration des tombeaux était porté à Rome à un degré de magnificence dont l'archéologie et l'histoire nous ont conservé les merveilleux détails. Il n'entre point dans notre cadre de les mettre en lumière ; ce serait de notre part une entreprise absolument en dehors des limites juridiques de ce travail (2). Tout au plus avons-nous à mentionner les différents efforts de la législation romaine pour donner, en face de l'égalité de la mort, de justes bornes à la vanité des grands. A peine est-il besoin de dire qu'elles

(1) L. 5 pr. D. de mort. infer.

(2) V. Montfaucon, L'antiquité expliquée, Paris, 1719, t. V, passim. — Dezobry, op. cit. — Fustel de Coulanges, op. cit.

furent toujours transgressées. La loi des XII Tables avait essayé de modérer le déploiement des richesses aussi bien dans la construction des tombeaux que dans les cérémonies des funérailles ; mais ce fut en vain. Jules César porta une loi somptuaire qui fixait la somme pouvant être affectée à l'érection d'un sépulcre, et condamnait quiconque la dépasserait à l'amende, au profit du peuple, d'une somme égale à l'excédent de la dépense permise. « *Quo plus insumptum in monu-* « *mentum esset quod lege conceditur, tantumdem populo dan-* « *dum est* (1). » Mais cette loi ne fut point observée. Cicéron, en rapportant la loi des XII Tables, fait remarquer que celle de Solon, d'où elle dérive, recommandait de ne pas élever un sépulcre plus monumental que celui que dix ouvriers construiraient en trois jours. Il observe que cette même loi des XII Tables interdit, dans l'ornementation des sépulcres, l'emploi de l'« *opus tectorium* », sorte de revêtement en stuc, et enjoint de ne point les décorer de statues (2).

L'empereur Gordien abolit, du reste, cette prescription, qui n'aurait peut-être jamais été exécutée, et force lui est de laisser toute liberté à l'opulence romaine, puisqu'il lui est impossible de la réprimer (3). Infructueuses en effet eussent été toutes tentatives ! A mesure que le luxe général se développe, jusqu'à l'extravagance, celui des funérailles et des mausolées progresse en même temps. Les colonnes et les marbres sont prodigués et taillés de la manière la plus dispendieuse, que le monument affecte la forme d'une forteresse comme celui d'une Cœcilia Metella, qu'il se présente sous celle d'un grand

(1) Cicéron, ad Attic. XII, 35 ; ad familiar. VII, 26 ; IX, 15. — Dion Cassius, liv. XLV.

(2) Cicéron, de Legibus, II, 26. — Balduinus, Comment. l. XII Tables, ch. 31 : Heineccius, t. I, p. 120.

(3) L. 7, C. de relig. — Cujas, Op. t. IX, p. 1102.

sépulcre collectif appelé « *columbarium* », avec ses innombrables petites niches disposées en lignes horizontales sur sept, huit ou neuf étages, qu'il se dresse en pyramide colossale comme le tombeau de Cestius, ou qu'il offre la masse imposante et splendide du mausolée d'Auguste (1).

136. — De telles magnificences sont réservées aux privilégiés du rang social et de la fortune ; aussi les grands sépulcres ne sont-ils pas les plus nombreux. Il faut y ajouter les médiocres et les populaires, suivant la division en trois catégories adoptée par la plupart des historiens (2). Ceux de la seconde classe cherchent à imiter ceux de la première ; on y emploie des matériaux plus communs et on bâtit sur de moins grandes proportions. Mais la vanité romaine y trouve encore son compte. Ils n'ont pas, à vrai dire, le « *sepulcretum* », endroit réservé pour brûler les morts, appelé aussi *Forum*, *Ustrina*, *Area*, car l'espace leur manque, et le plus souvent le soin de l'incinération est commis à des esclaves salariés, dans des « *sepulcreta* » publics.

137. — Pour tout monument funéraire, le pauvre a une simple pierre plantée debout en terre, sur laquelle sont gravés parfois son âge et son nom. Heureux encore est-il lorsqu'il ne partage pas le sort de ceux jetés pêle-mêle avec les esclaves hors de la porte Esquiline, dans les fosses communes, « *putei* », livré aux mains cupides des agents libitinaires de la dernière catégorie, qui le plus souvent vont jusqu'à le dépouiller de son misérable linceul et lui arrachent même le pauvre « *trens* »

(1) Dezobry, Rome au siècle d'Auguste, t. IV. Lettre 114, passim. — Eutropius, VIII, 2. — Pour la description complète et détaillée d'un domaine funéraire, voir : Paul Allard, Histoire des persécutions pendant la première moitié du IIIe siècle. Appendice A, p. 439-453.

(2) Dezobry, loc. cit. — Bergier, Histoire des grands chemins de l'Empire romain, Bruxelles, 1728, t. I, p. 262 et suiv.

d'airain qu'il tient entre les dents pour payer son passage au nautonier des enfers (1). Ainsi l'inégalité sociale, forcée un instant de disparaître au moment de la mort, se retrouvait promptement. Chacun cherchait à reprendre son rang par le plus ou moins d'importance ou de magnificence de son tombeau ; et plus que toute autre la législation que nous étudions était impuissante à modérer ce désir d'attirer les regards, à rapprocher la distance absolue qui séparait le riche du pauvre, le patricien de l'esclave, conséquence inévitable de l'organisation de la société romaine.

138. — Ce besoin de distinction posthume trouvait particulièrement sa réalisation dans le luxe des épitaphes (2). Est-il nécessaire de dire que cet usage, que l'on rencontre chez tous les peuples, fut surtout en honneur à Rome? Naturellement, elles étaient le privilège des riches : de quels titres en effet le pauvre aurait-il eu à faire parade ? « *Miseruli projiciebantur abjecti sine titulis, vix nomine exciso* (3) » ; car, tout en louant celui qui dormait sous la pierre, c'était surtout aux vivants qu'elles s'adressaient. Variées à l'infini, exprimant des regrets ou des louanges, prenant le ton de la sentence ou celui du dialogue, ayant la forme emphatique ou le tour plaisant, c'était toujours à la vanité de famille qu'elles se rapportaient, en rappelant avec plus ou moins de sincérité de grandes vertus publiques ou privées. Plus d'une personne de rang médiocre, que ses modestes ressources privaient des splendeurs d'un mausolée, s'ingéniait à

(1) Dezobry, loc. cit., t. IV, lettre 104 ; t. III, lettre 40, passim. — Çujas, Comment. liv. III. Quæst. Pauli explic. l. 40, de relig. Op. t. V, p. 907.

(2) Orelli. Gruter. Fabretti, Inscript. antiq. Boissard, Antiq. rom., passim. — Fernandez de Retes; Meermann, op. cit. — Brissonnius, de Formulis, Paris, 1583, p. 780. — Montfaucon, Antiquité expliquée, op. cit.

(3) Fernandez de Retes, loc. cit.

détourner le regard du passant par l'originalité ou le faste de l'épitaphe, et parvenait ainsi à graver un nom dans son souvenir.

Pline relate que ces « *tituli* » (1) étaient habituellement placés le dixième jour du décès, au son des trompettes sépulcrales (*siticines*). A cette occasion, un dernier sacrifice était offert en l'honneur des dieux domestiques, et la famille en deuil regagnait la maison mortuaire, dont elle purifiait les appartements. Elle y passait cette journée dans le repos, en s'abstenant de tout travail servile, comme aux jours de fête ; d'où est venue, dit Cicéron, l'habitude de l'appeler : « *Denicales feriæ* ».

Arrivé à ce point de notre travail, nous devons nous souvenir de l'obligation où nous sommes de le borner, et nous rappeler d'ailleurs que l'étude des inscriptions funéraires est du domaine réservé de la science épigraphique. Sans prétendre y entrer, nous voulons seulement indiquer brièvement la coutume familière aux Romains de graver sur leurs tombeaux des inscriptions juridiques en tout ou en partie. Quelques mots à ce sujet ne sont donc point une digression.

139. — Remarquons d'abord qu'en tête de presque toutes les épitaphes nous trouvons la consécration aux dieux mânes, *Diis manibus sacrum*, ou en abrégé D. M. S., et le plus souvent encore D. M. ; affirmation solennelle du principe que les morts sont bien réellement les propriétaires de leurs sépultures.

Souvent la personne inhumée mentionne qu'elle a construit elle-même son tombeau. — F. *fecit.* — V. F. *vivus fecit.* —

(1) On les désignait sous ce nom :

..... *Titul*ique cupido
Hæsuri saxis *cinerum* custodibus. (Juvénal, sat. X, v. 143.)
..... Sic fiunt octo mariti,
Quinque per autumnos ; *titulo* res digna sepulchri. (Id.)

V. S. P. *vivus sibi posuit.* — O. V. F. *omnia vivus fecit.* — M. C. et M. S. P. *Monumentum condidit et memoriæ suæ posuit* (1).

Habituellement elle y ajoute son âge : V. A. M. D. *Vixit annos... menses... dies.* La construction peut être l'œuvre de l'héritier. H. F. C. *Heres faciendum curavit.*

Parfois l'origine de la propriété se trouve relatée. L. D. D. D. *Locus datus decreto decurionum,* avec la contenance du terrain, tant en largeur qu'en profondeur : « *in frontem... et in agrum...* » (2).

Le plus souvent, les dispositions testamentaires sont rapportées : T. F. I. *Testamento fieri jussit.* Le défunt a ordonné de lui bâtir un tombeau semblable à tel sépulcre désigné (3) : mention est faite de l'accomplissement de cette prescription.

Il a construit pour lui et ses héritiers : H. M. H. S. *Hoc monumentum heredem sequitur.* Parfois c'est la disposition contraire : H. M. H. N. S. *Hoc monumentum heredem non sequitur,* ou encore : H. M. E. H. N. S. *Hoc monumentum extraneum heredem non sequitur* (4).

La construction a été la condition d'un legs : E. C. L. F. M. *Ex causâ legati fieri mandavit.*

Les épitaphes aident encore à garantir le respect des tombeaux, et beaucoup contiennent une imprécation contre celui qui oserait y porter atteinte : « Qu'il encoure la colère des dieux. » — « Que les dieux soient irrités contre lui. » — « Qu'il soit privé de sépulture. » — « Qu'il meure le dernier de sa race (5). »

(1) Fernandez de Retes, loc. cit.

(2) Orelli, 631, 1624, 4397, etc.

(3) L. 27, D. de condit. et demonstr.

(4) Gruter, 593-3, 897-4, etc. — Horace, Sat. I, 8, v. 12. — Orelli, 4379, 4389, 4393, 4497, 4456, 4663, 4820.

(5) Montfaucon, Antiq. expliq. t. V, part. I, liv. II, ch. 2.

Bornons-nous à ces quelques exemples. Ajoutons que, pour un érudit, l'étude approfondie des inscriptions païennes appelle forcément l'examen comparé des inscriptions chrétiennes (1), et particulièrement celles des catacombes. Nous n'avons pas à les rechercher ni à dégager l'enseignement qui ressort de ce rapprochement. Aussi bien, pour qui voudrait se limiter à un coup d'œil d'ensemble sur le sens général des épitaphes de Rome antique, il serait aisé de se rendre compte que, sous l'opulente vanité et le faste somptueux des tombeaux, la pensée philosophique de la mort domine toujours. Elle ne paraît ni trop attristante, ni trop redoutable, soutenue qu'elle est par l'espérance d'une vie future, suivant la belle expression de Cicéron : « *Mortem non interitum esse omnia tollentem atque delentem, sed quamdam quasi migrationem commutationemque vitæ* (*Tuscul.* I, 12).

§ III. — *De l'invention d'un trésor dans le sépulcre.*

140. Défenses portées par les Empereurs d'enfouir dans les sépulcres des objets précieux.
141. Cas où la recherche du trésor est permise. Son attribution.

140. — Nous avons déjà eu l'occasion de parler de la coutume généralement adoptée par les anciens d'orner le séjour de leurs morts comme la demeure des vivants, et d'y déposer notamment les ustensiles nécessaires aux besoins de l'existence (2). L'usage s'était aussi introduit peu à peu d'y enfermer des trésors et des sommes d'argent. La loi des XII Tables, dans son neuvième chef, avait cependant ordonné scrupuleusement

(1) V. les nombreux ouvrages de M. de Rossi. — Hornstein, Sépultures devant l'histoire, l'archéologie, etc., chap. XI, XII.
(2) V. suprà, n° 4.

de ne point en fouir de l'or avec un cadavre, et ne faisait exception que pour celui qui retenait les dents du défunt (1). Mais la prescription n'avait point été suivie. Il est vrai que le plus souvent, en cachant dans les tombeaux certaines sommes, on agissait par motif de sécurité, et non point dans le seul but d'honorer le mort ; l'on croyait même que certains esprits veillaient sur ces trésors (2). La défense fut renouvelée expressément par les Empereurs (3) ; à mesure que par des constitutions successives ils prohibaient le dépôt dans les sépulcres de vêtements et autres ornements inutiles, ils interdisaient en même temps d'y recéler de l'argent. L'habitude se prit d'enlever aux morts leurs anneaux, leurs bijoux et parures précieuses ; il y avait toutefois exception dans le cas où il s'agissait de personnes constituées en dignité.

141. — Qu'arrivait-il cependant, si, malgré la défense portée, une somme avait été enfouie dans un sépulcre ? avait-on la faculté de l'enlever ? La religion du lieu ne s'y opposait-elle pas ? Et n'y aurait-il pas eu là une sorte de violation de sépulture ? Sans doute le droit pontifical interdisait de « *invadere, corrumpere vel obtentu pecuniæ corpora humata effodere* ». La violation des tombeaux pour détourner les objets qu'ils renferment est un double crime, et celui qui s'en rend coupable est exposé à l'action de la loi *Julia Peculatus* (4). On considéra cependant comme plus équitable de permettre la recherche des richesses enfouies dans les sépulcres, lorsqu'elle était faite de bonne foi, « *sub publica testificatione vel auctoritate* », et

(1) Cicéron, de Legibus, II, 24. — Martial. Epig. I, 73.
(2) Rudulphi Fornerii rerum quotidianarum, lib. III, cap. 18 : Otton, t. II, p. 214.
(3) L. 4, § 6, D. ad leg. Jul. Pecul.
(4) L. 1, D. h. t.

on y mit la condition d'attribuer la moitié du trésor au fisc (1).

Cette dernière prescription, due aux empereurs Antonin le Pieux et Verus, fut abolie par l'empereur Léon, qui rétablit la loi d'Adrien. Celle-ci attribuait entièrement à l'inventeur le trésor trouvé dans un lieu religieux (2). Logiquement, en effet, il était impossible de le partager entre l'inventeur et le propriétaire, puisque le lieu religieux n'est pas susceptible de propriété. La constitution de Léon (3) ajouta à cette disposition la clause que celui qui aurait employé des sortilèges pour la découverte serait déchu de tout droit au trésor (4).

(1) Cassiodore, Variar. epist. lib. VI, epist. 34. Opera, 1679, t. I, p. 70. — L. 3, § 10, D. de jure fisci.

(2) Instit. de rer. div. § 39.

(3) L. unic. C. de thesauris.

(4) Pour compléter nos explications sur ce chapitre, nous aurions à envisager l'importante question de savoir à quelle personne incombe le soin de faire élever le sépulcre au défunt, dans quelles limites elle est obligée à cette construction, quels sont les magistrats chargés d'y veiller ; il faudrait voir aussi quel est le rôle du curateur du tombeau, lorsque le testateur en a désigné un. Nous traitons cette matière au chapitre des frais funéraires, où elle trouve sa place naturellement marquée. (V. infrà, ch. IX.)

CHAPITRE VII.

COMMENT UN LIEU CESSE D'ÊTRE RELIGIEUX.

142. Division.

142. — Nous nous sommes suffisamment rendu compte, à plusieurs reprises, que le caractère religieux une fois imprimé à un sépulcre est en principe ineffaçable (1). Peu importe que, dans la suite, le monument qui le recouvre vienne à être détruit : ce qui lui conserve sa qualité religieuse, c'est le fait de l'inhumation ; elle lui demeurera tant qu'il contiendra les dépouilles mortelles.

Ce n'est pas à dire toutefois que le lieu religieux ne puisse jamais cesser de l'être ; des circonstances, telles que celles prochainement examinées par nous, rendront parfois nécessaire cette désaffectation. Des principes que nous avons étudiés et développés, il résulte logiquemeut que l'état de « *locus religiosus* » ne pourra être enlevé au sépulcre que si le cadavre qui y a été déposé vient à en sortir, soit par suite d'une translation réelle reconnue indispensable et autorisée, soit (ce qui revient au même, ainsi que nous allons le voir) par suite de la fiction légale de sa disparition momentanée, au cas d'une occupation ennemie.

Un lieu de sépulture peut donc perdre sa qualité religieuse provisoirement, ou définitivement.

(1) V. suprà, n° 35.

§ I. — *Effacement provisoire du caractère religieux.*

143. Occupation ennemie.
144. Comparaison à ce point de vue entre les *res sacræ* et les *res religiosæ*.
145. Effet du *postliminium*.

143. — Il n'y avait pas pour les Romains de propriété plus légitime que celle qui reposait sur la conquête. A leurs yeux, tout ce qui appartenait à une nation ennemie se trouvait de droit sans maître, et était par conséquent soumis à l'occupation. Le peuple victorieux n'était pas, à proprement parler, le successeur du peuple vaincu et dépouillé ; il acquérait directement et de plein droit les biens envahis (1), et Paul n'hésite pas à assimiler le butin aux îles ou aux objets trouvés sur le rivage (2). Ces principes du *jus gentium* étaient appliqués, du reste, par Rome avec une entière réciprocité, et elle tenait pour aussi bien légitime la spoliation pratiquée sur elle par l'ennemi, qui devenait par le fait même propriétaire (3). On comprend dès lors aisément que, soumise à cette inexorable loi, elle ait cherché à assurer la préservation des choses *divini juris* qui faisaient l'objet de son culte et comme la condition de sa vitalité sociale. Le seul moyen de les soustraire à la profanation de l'ennemi était de leur enlever leur caractère. En présence donc de l'invasion, la chose sacrée cesse d'appartenir aux dieux ; la chose religieuse, le sépulcre, reprend sa nature profane.

144. — L'assimilation des choses sacrées et des choses religieuses à ce point de vue ne semble pas tout d'abord s'im-

(1) Accarias, § 221 in fine. — Maynz, § 98, 6°.
(2) L. 1, § 1. D. de acq. possess.
(3) Maynz, loc. cit.

poser. Les premières, en effet, sont consacrées aux dieux de Rome, dieux essentiellement nationaux et exclusifs. Passant aux mains de l'ennemi, l'usage auquel elles ont été destinées devient impossible : elles doivent donc perdre leur caractère.

Les lieux religieux, au contraire, sont tels en raison des corps qu'ils renferment. Or, malgré l'occupation ennemie, les corps ne restent pas moins dans le sépulcre ; le motif de le regarder comme religieux n'a par conséquent pas changé.

Malgré cela, observons que si la présence du cadavre suffit pour rendre le sépulcre religieux, ce caractère ne lui est en fait imprimé que dans la mesure voulue par ceux qui l'ont établi. Cette considération, en face de la calamité d'une invasion, est évidemment souveraine (1). Le lieu de sépulture ne peut être réduit sous la domination de l'ennemi, en tant que *locus religiosus* ; l'âme du mort ne l'habite plus, et ce n'est désormais qu'un endroit profane au pouvoir du peuple qui triomphe.

145. — La conquête ne produit qu'un effet provisoire. Grâce à la fiction du « *postliminium* », lorsque l'occupation ennemie a cessé, chaque chose reprend son état antérieur. Introduit d'abord en faveur de la liberté personnelle, le *jus postliminii* fut par la suite étendu à la propriété des immeubles et de certaines choses mobilières (2). De même que le prisonnier s'échappant des mains de l'ennemi était considéré comme n'ayant jamais été esclave et recouvrait tous les droits qu'il avait eus avant la captivité, ainsi le sépulcre reprenait sa qualité religieuse et était censé ne l'avoir jamais perdue (3).

(1) Doneau, Jus civ. liv. IV, ch. 1, n° 28, t. I, p. 644.

(2) L. 14 et 19, D. de captivis, et en général tout le titre, — et le titre au Code : de post liminio reversis.

(3) L. 36, D. de relig.

§ II. — *Perte définitive du caractère religieux.*

146. Justes causes de translation de sépulture.
147. L'autorisation du collège des pontifes est indispensable.
148. Comment elle est remplacée dans les provinces.
149. L'exhumation est le fait qui nécessite cette autorisation.
150. Cérémonies qui l'accompagnent. Sépultures nocturnes.

146. — Le caractère religieux était irrévocablement enlevé au sépulcre par la translation du cadavre dans un autre lieu de sépulture. « *Cum autem impetratur, ut reliquiæ transferantur, desinit locus religiosus esse* », dit la loi 44, § 1, *De Relig.*

Mais cette translation ne peut s'opérer que sur des motifs reconnus graves, ou en cas d'absolue nécessité : par exemple, dans l'hypothèse émise par Paul, où les eaux d'un fleuve débordé ont envahi ou menacent d'envahir le sépulcre (1). Remarquons avec Cujas (2) que, d'après le texte du jurisconsulte romain, la menace du danger est une raison suffisante : on prévient donc le dommage, sans attendre qu'il soit causé. L'éloignement de la patrie ou du tombeau de famille peut être signalé comme une des causes les plus fréquentes de cette translation (3). C'était un des premiers devoirs du Romain que de chercher à réunir aux restes de ses ancêtres les dépouilles de ses parents morts à l'étranger, devoir d'une extrême importance, aussi bien accompli officiellement par l'Etat que par les particuliers. Parfois en effet c'étaient les dépouilles de légions entières qui étaient ainsi ramenées sur le sol de la patrie, comme le furent les restes mortels des soldats de Varus massacrés en Germanie, transportés en Espagne

(1) Paul. Sent. liv. I, tit. 21, § 1.
(2) Cujas, Observat. liv. XXI, ch. 13.
(3) Lucain, Pharsale, liv. VIII, v. 835 et suiv.

sur l'ordre de Germanicus (1). Disons encore que le mauvais état du monument, s'il ne doit pas être réparé, sera une raison de déposer ailleurs le cadavre. Au demeurant, les textes permettent ce transport d'une façon générale sur toutes justes causes (2). Ils ne pouvaient point donner de celles-ci une énumération limitative. Ce seront, suivant les circonstances, la sécurité de l'édifice, l'utilité publique, la piété filiale et par-dessus tout le haut intérêt du respect envers les morts.

147. — Mais qui sera juge du bien fondé de ces motifs ? Qui reconnaîtra l'opportunité de cette translation ? Le collège des pontifes. Voilà qui rentre bien exactement dans le cadre de ses attributions ; nul mieux que lui ne pouvait apprécier la demande, et déterminer jusqu'à quel point les « *sacra* » de la ville ne seraient pas souillés par cette cérémonie funèbre. Le décret des pontifes n'était pas une simple formalité facultative : c'était un acte nécessaire, dont devait se trouver muni quiconque voulait procéder à la translation d'un cadavre. Un passage de Tacite (3) semblerait faire supposer que ce décret des pontifes pouvait être remplacé par une décision du Sénat ; mais on ne doit point l'entendre dans le sens de la suppression de l'intervention des pontifes. L'historien fait seulement mention du sénatus-consulte rendu pour régler le transport des restes de L. Antonius, et ne conclut point pour cela à l'inutilité de l'autorisation du collège pontifical. Il est à remarquer au contraire que le Sénat, toujours respectueux de la dignité des pontifes, n'ordonna jamais la translation ou l'exhumation d'un cadavre, sans qu'intervînt préalablement

(1) Marquardi Freheri περὶ ἐφέσεως seu verisimilium, lib. I, cap 23 : Otton, t. I, p. 894.

(2) L. 1, C. de relig.

(3) Tacite, Annales, IV, 44.

leur décret. En donnerons-nous un exemple entre plusieurs? Dion Cassius (1) rapporte que le peuple romain ayant fait enterrer, dans le Champ-de-Mars, M. Oppius, contrairement aux vues du Sénat, celui-ci demanda au collège des pontifes de rendre un décret prescrivant l'exhumation du cadavre, comme n'ayant pas été déposé dans ce lieu avec les solennités requises. Cujas cite une ancienne inscription d'où il faudrait conclure que parfois l'autorisation pouvait émaner d'un tribun du peuple: « *eisdem corporibus translatis permissu tribuni plebis* » (2). Mais nous estimons cette conjecture isolée et sans valeur contre la règle générale. Sous les empereurs, la permission était donnée par le prince, celui-ci étant de droit grand pontife (3). En raison de cette qualité, la requête lui était adressée personnellement, et c'est ainsi, par exemple, que, selon le témoignage de Tacite (4), Néron autorisa le transport des cendres de Lollia Paulina. Ses successeurs imitèrent son exemple.

148. — Dans les provinces, il eût été d'autant plus difficile de s'adresser au collège des pontifes et à l'empereur, que cette autorisation devait le plus souvent, en raison des circonstances, être rendue à bref délai. Trajan s'en rendit compte. Par un rescrit adressé à Pline, alors proconsul de Bithynie, il permit aux présidents des provinces d'autoriser ou d'interdire directement eux-mêmes ces translations, en toute connaissance de cause (5).

(1) Dion Cassius, XLVIII, 53.

(2) Cujas, Comment., liv. III. Quæst Paul. Explic. l. 40 de Relig. Op. t. V p. 907.

(3) L. 14, C. de relig. — Mispoulet, Institutions politiques des Romains, 1883, ch. XX, § 123, t. II, p. 401.

(4) Tacite, Annales, XIV, 12.

(5) Pline le Jeune, Lettres, liv. X, 76, 77.

149. — Il importe peu que la sépulture abandonnée par le défunt ait été primitivement regardée comme provisoire ou comme perpétuelle. Sans doute, dans le premier cas, le lieu est demeuré profane (1). Mais ce fait n'empêche pas la nécessité d'une autorisation, quand il s'agit d'en retirer les cendres du défunt. Ce qu'il faut considérer, ce n'est pas le caractère religieux ou non du sol sur lequel repose le cadavre, mais bien l'exhumation de celui-ci. Du moment que l'on touche à des restes mortels pour les déplacer ou les transporter, l'autorisation dont nous parlons est indispensable.

C'est en vertu de ce principe, nous l'avons vu, que lorsqu'un tiers a inhumé un corps dans le terrain d'autrui, il est interdit au propriétaire de ce terrain d'enlever le cadavre avant d'avoir obtenu la permission des pontifes, sous peine d'être exposé à l'action d'injures (2).

Nous sommes donc ici en présence d'une règle stricte du droit pontifical.

150. — D'après ce même droit, la translation de sépulture ne pouvait s'opérer qu'après la célébration d'un sacrifice solennel : « *Reliquiæ trajectæ ex permissu collegii pontificum piaculo facto* ».

Le cadavre était exhumé le jour, et n'était transporté qu'au moment de la nuit. « *Corpus jam sepulturæ traditum solemnibus redditis sacrificiis per noctem in alium locum transferri potest* (3). » La pompe des funérailles, en effet, s'était déjà déployée à l'époque de la première sépulture ; il était inutile de la renouveler.

(1) L. 40, D. de relig.
(2) L. 8 pr. id.
(3) Paul. Sent. liv. I, ch. XXI, § 1.

Il arrivait bien parfois que l'on procédât de la sorte même pour la première inhumation ; mais ce n'était qu'exceptionnellement, et seulement lorsque les funérailles coïncidaient avec la célébration d'une fête publique, car tout convoi funèbre était alors interdit. Aux jours de Rome antique, il est vrai, les obsèques des défunts ne devaient s'accomplir que pendant la nuit (1) ; mais cet usage, emprunté aux lois de Solon et à celles de Démétrius de Phalère, dit Cicéron (2), ne fut bientôt plus que la part des gens de modeste condition ou des plébéiens (3).

On accomplissait aussi de cette manière les funérailles qui étaient « *acerba* » et qui, faites en plein jour, auraient souillé le culte de la cité. C'est pour cette raison que Cicéron fut enterré la nuit comme un simple plébéien, les rites sacrés ne permettant pas de procéder pendant le jour aux obsèques d'un homme assassiné (4).

Le Christianisme, une fois sorti des catacombes, célébrait ordinairement les funérailles le jour. Cette règle fut momentanément suspendue par Julien l'Apostat, qui se prononce en faveur de la sépulture nocturne, et en donne nombre de raisons que l'on retrouve au Code Théodosien (5). Ces dispositions transitoires ne furent point reproduites par ses successeurs, dont les règlements sur cette matière ont trait aux sépultures s'accomplissant en plein jour.

(1) On doit sans doute faire remonter au souvenir de l'antiquité la coutume retenue par certains pays de procéder aux funérailles au moment de la nuit.

(2) De legibus, II, 26.

(3) Festus, v° Vespæ. — Mart. VIII, épig. 75.

(4) Tacite, Annales, XIII, 17.

(5) Godefroy, Comment. Cod. Théod constit. 5e, t. III, de sepulcris violatis.

CHAPITRE VIII.

DES CONVOIS FUNÈBRES.

§ I. — *A l'époque classique.*

151. Essais législatifs pour modérer le luxe des funérailles. Prescriptions de la loi des XII Tables. Compétence des édiles.
152. Police du convoi. Compétence du préteur et des présidents des provinces,
153. Service du convoi. Agents libitinaires. Monopole.

151. — Pour se rendre compte de ce que pouvait être, sous la Rome païenne, le luxe des funérailles d'un personnage illustre, il faudrait se transporter par la pensée à la maison mortuaire ornée du cyprès funèbre où repose sa dépouille, et de là prendre part au cortège qui va se former au son des trompettes sépulcrales. En étalant sa magnificence, il ne donnera point à la ville une physionomie de deuil, mais bien l'aspect vraiment grandiose d'une fête générale.

Les auteurs classiques et les historiens modernes (1) ont décrit ce tableau que nous ne sommes pas en droit de retracer même sommairement après eux. Sans doute une telle pompe n'était pas le lot commun de tous les citoyens ; mais, quelle que fût la classe (2) des funérailles adoptée, le Romain

(1) V. entre autres Mommsen, Histoire romaine, liv. III. — Daunou, Cours d'études historiques, t. XIV. Histoire romaine, 26e leçon. — A. Adam, Antiquités romaines. Funérailles des Romains, 1818, t. II, p. 308. — Dezobry, Rome au siècle d'Auguste, lettre LX, t. III, p. 24 et suiv. ; et surtout les détails très complets donnés par M. Gaubert, Traité théorique et pratique des pompes funèbres, t. I, p. 75 et suiv.

(2) On distinguait plusieurs classes de funérailles :
Les *funérailles indictives* ou *censoriennes*, les plus pompeuses ;
Les *funérailles simpludiaires* moins solennelles ;

y trouvait toujours l'occasion de donner large place aux soucis de la vanité. Des lois somptuaires, et en particulier la loi des XII Tables (1), dont le texte sur cette matière nous a été transmis par Cicéron (2), essayèrent à diverses reprises de modérer les excès de ce faste : nous savons qu'elles échouèrent (3).

Les dispositions de la loi des XII Tables à ce sujet, tout en

Les *funérailles communes*, les plus modestes ;

Les *funérailles des pauvres*, qui ne sont pas, à proprement parler, des funérailles.

Il y avait aussi les *funérailles imaginaires*, célébrées pour fêter un anniversaire, ou pour perpétuer le souvenir d'un décès. (V. Gaubert, loc. cit. p. 65.)

(1) La loi des XII Tables s'était elle-même inspirée des lois de Solon. (V. Plutarque, Solon, ch. 21.) Une loi de la ville de Julis dans l'île de Céos, paraissant remonter au sixième siècle avant notre ère, présente une analogie remarquable avec les lois de Solon et des XII Tables sur notre sujet. Elle a été publiée par Pittakis et Bergk en 1860. Le Bulletin de l'Institut archéologique allemand à Athènes en a donné, en 1876, un nouveau texte soigneusement corrigé. Nous la trouvons reproduite par M Dareste (Nouvelle Revue historique de droit français, 1878).

(2) Cicéron, De Legibus, II, 23-25. — Cette loi ordonnait d'une façon générale la diminution des dépenses dans les obsèques : elle recommandait de ne point façonner ou peindre le bois qui devait servir au bûcher, et interdisait de célébrer plusieurs fois des funérailles en l'honneur d'une même personne, sauf le cas où les corps des citoyens morts à la guerre ou à l'étranger seraient rapportés sur le sol de la patrie. Elle ne permettait pas de produire plusieurs lits funèbres dans le cortège, limitait à dix le nombre des joueurs de flûte, et à trois les *ricinia* ou vêtements garnis de pourpre que l'on jetait sur le bûcher. Les lamentations exagérées, particulièrement celles des femmes, étaient prohibées, de même que les somptueuses aspersions, la quantité des parfums et aromates, la profusion des couronnes, etc., etc.

V. les longs développements donnés par Bouchaud, Commentaire de la loi des XII Tables, Paris, 1803, t. II, p. 257. — Cf. les nombreux traités sur la loi des XII Tables : Otton (Thesaurus), t. III, p. 133 et 183 ; t. IV, p. 301-425. — Gravina, Origines juris civilis. Naples, 1756. II, 25-78. — Terrasson, Jurisprudence romaine, Paris, 1750. — Haubold, Institutiones juris romani litterariæ. Leipzig, 1809, t. I, pars 2, § 3. — Schoell, Legis XII Tabularum reliquiæ. Leipzig, 1866. — Mommsen, Histoire romaine, liv. II, ch. 8.

(3) On connaît les dispositions de la loi *Furia Caninia* qui réprimait les excès du luxe funéraire en limitant les affranchissements faits par le défunt pour accroître la pompe de ses obsèques. (V. Accarias, n° 69.)

étant habituellement sans effet, demeurèrent néanmoins pendant longtemps dans la législation romaine, et c'est aux édiles curules que paraît avoir appartenu la mission trop souvent illusoire de les faire observer (1). Leur rôle spécial en cette matière subsista jusqu'au règne de Tibère, époque à laquelle toutes les tentatives pour arrêter le luxe grandissant des obsèques étaient tombées en désuétude. Jusque-là, ils avaient toujours mentionné dans leur édit les prescriptions de la loi des XII Tables, en menaçant d'une amende ceux qui ne s'y conformeraient pas (2). Leur autorisation devait être demandée et obtenue quand on voulait faire au défunt des funérailles plus considérables, et, partant, plus dispendieuses, que celles permises par la loi. Conformément à ces principes, Cicéron, réclamant pour Servius Sulpicius des obsèques solennelles et publiques, demanda au Sénat de déclarer « qu'il importait à la chose publique de prier les édiles de suspendre à cette occasion l'exécution de l'édit qu'ils avaient rendu relativement aux funérailles » (3).

152. — Quant à la libre circulation du convoi funèbre, cette question ne concerne point l'autorité des édiles, restreinte au seul objet que nous avons dit ; elle n'intéresse pas davantage les pontifes. Elle est de la compétence du préteur à Rome et des présidents dans les provinces. « Ceux-ci, dit Ulpien, doivent veiller à ce que les corps ou les ossements des morts ne soient pas retenus dans les lieux particuliers, à ce qu'ils ne subissent aucun outrage, et que nul obstacle ne soit apporté à leur transport ou à leur inhumation (4). » Certaines pro-

(1) Bouchaud, Commentaire de la loi des XII Tables, p. 268. — Daunou, op. cit. t. XVI. 53e leçon.

(2) Ovide, Fast, VI, 663.

(3) Cicéron, Philipp. IX, 7.

(4) L. 38 D. de relig ; — l. 3, § 4, de sepulc. violat.

vinces exigeaient pour ce transport l'acquittement d'un impôt que la loi 37, D. *De Relig.*, compte au nombre des frais funéraires. Nous verrons qu'il fut supprimé par la loi 15, C. *De Relig.* Nous savons, d'autre part, que la protection nécessaire au convoi est garantie par une action *in factum*, et par l'interdit *de mortuo inferendo* (1).

Cette matière faisait partie de la *cognitio extraordinaria* du préteur et des présidents des provinces, parce que le plus souvent elle exigeait beaucoup de célérité et que par ce moyen on supprimait les lenteurs de la procédure ordinaire. Rien, du reste, n'empêchait de revenir à cette dernière, quand il n'y avait pas urgence, par exemple lorsqu'il s'agissait, non plus d'intimer l'ordre de laisser libre la circulation du convoi, mais de statuer sur une indemnité due (2).

153. — Le service du transport des cadavres était assuré à Rome par les agents libitinaires. Cet office paraît leur avoir été exclusivement départi, et nous y trouvons le caractère d'un véritable monopole (3). L'entreprise avait son siège sur le mont Esquilin, dans le temple de la déesse Libitine, qui, par un rapprochement bien propre à la religion des Romains, se trouvait être à la fois la protectrice de la génération et de la mort. C'est là que venaient se faire les déclarations de décès (4), et que s'inscrivaient toutes les demandes des familles relatives aux cérémonies funèbres.

Le personnel comprenait :

(1) V. suprà, n° 74.

(2) A. Faber, Rationalia, ad l. 38 de relig.

(3) Gaubert, op. cit. t. I, p. 60.

Ce monopole s'étendait : 1° à la fourniture de tous les objets nécessaires aux funérailles; — 2° à l'entreprise des jeux et fêtes funèbres qui terminaient souvent les obsèques; — 3° aux anniversaires commémoratifs.

(4) Suétone, Vie de Néron, 39.

1° Les *designatores* ou ordonnateurs des funérailles, personnages importants, nommés par le prince, qui, dans la pompe des grands cortèges, marchaient précédés de licteurs. Ce sont les chefs de service. Ils ont sous leurs ordres les diverses classes d'employés qui suivent :

2° Les *libitinarii* proprement dits, qui résident au temple, et sont chargés d'enregister les naissances et les décès.

3° Les *pollinctores*, ceux à qui incombait le soin de purifier, oindre et embaumer les cadavres. La loi des XII Tables interdisait d'y employer des esclaves (1).

4° Les *vespillones*, ou ceux qui transportaient les corps.

5° Les *sandapilarii*, ayant les mêmes attributions que les précédents, mais chargés exclusivement des funérailles des pauvres, qu'ils enfouissaient le plus souvent dans les *puticuli* du mont Esquilin.

6° Les *ustores* ou *tertondi*, chargés de la préparation du bûcher, de son ornementation et de la crémation des corps.

7° Les *custodes*, ceux qui avaient la spécialité de veiller les cadavres au domicile mortuaire.

§ II. — *Sous les empereurs chrétiens.*

154. Les *fossores*. Leur rôle ; leur organisation.
155 Gratuité du transport des corps.
156. Pour la favoriser, privilèges accordés aux *fossores*.
157. Limites de cette gratuité.

154. — Le Christianisme, fidèle à son principe de maintenir ce qui pouvait être conservé des institutions païennes, ne détruisit point cette organisation ; on en trouve au contraire un souvenir évident dans les diverses attributions des

(1) Cicéron, de Legibus, II, 24.

fossores (1). Nous n'avons point à étudier l'œuvre gigantesque de ces champions les plus intrépides et les plus dévoués de l'Eglise naissante. En creusant les catacombes, ils ont façonné, avec une énergie et une patience inspirées par leur foi, le mystérieux berceau où naquit la liberté du monde. Aussi leur profession était-elle si noble, aux yeux des premiers chrétiens, qu'elle fut souvent exercée et illustrée par les plus grands personnages. Sans parler des papes qui sortirent de leurs rangs, il n'était pas rare de trouver, sous la tunique du *fossor*, le fils des sénateurs ou le descendant d'une race consulaire.

Ce serait une erreur d'attribuer exclusivement à ces pieux ouvriers le rôle de simples manœuvres, ainsi que semblerait l'indiquer leur nom. On peut résumer en trois mots le but de leur institution. Ils sont établis : *ad curanda*, *ad efferenda*, *ad humanda corpora*, ce qui comprend les préliminaires des funérailles, les funérailles elles-mêmes, et la sépulture proprement dite (2). Leurs noms variaient suivant le genre de leurs fonctions. Les *lecticarii* et les *porticiani* remplissaient l'office des *vespillones* païens ; ils étaient chargés ou de confectionner des litières pour placer les cadavres, ou de porter eux-mêmes les corps placés sur les *lecticæ*. Les *parabolani* et les *copiantes* avaient les attributions des *pollinctores*, et les *arenarii* exécutaient les travaux les plus pénibles relatifs à la sépulture. Les *decani* avaient la surveillance de toutes les parties de ce funèbre ministère (3).

Les fonctions nombreuses et variées remplies par les *fosso-*

(1) Martigny, Dictionnaire des antiquités chrétiennes, v° Fossores. — Gaubert, op. cit. t. I, p. 105. — Hornstein, op. cit. p. 92.

(2) Arrighi, Roma subterranea, liv. V, ch. 13, p. 61.

(3) Martigny, v° Funérailles. — Justinien, Novelles 43 et 59.

res font supposer un lien qui les rattachait entre eux. Ils étaient organisés en corporation sous les ordres des prêtres et des évêques ; mais il est difficile de déterminer l'époque à laquelle cette corporation fut constituée. D'après une opinion accréditée, l'institution des *fossores* serait aussi ancienne que l'Eglise ; et le pape Evariste, quand il divisa la ville de Rome en quartiers ecclésiastiques sous Trajan, l'aurait réglementée en attachant à chacune des paroisses un collège de huit à dix *fossores* spécialement chargés de tout ce qui regardait les sépultures (1).

Il est hors de doute qu'ils occupaient un rang dans la hiérarchie sacerdotale. Saint Jérôme leur donne la qualification de clercs ; et, suivant un passage de la Chronique palatine éditée par le cardinal Maï, ils ne tiendraient même pas le dernier rang dans l'ordre ecclésiastique. Leur cléricature est attestée par plusieurs lois du Code Théodosien; certains d'entre eux ont souscrit les conciles avec les clercs inférieurs, et Du Cange cite diverses autres autorités à l'appui de cette opinion (2).

Leur corporation semble avoir disparu au commencement du cinquième siècle, lorsque l'usage des sépultures souterraines fut abandonné ; et, depuis, l'histoire n'en fait plus aucune mention (3).

155. — Entre l'institution des *fossores* et celle des agents libitinaires de l'ancienne Rome, il y a toute la différence qui sépare le Christianisme de la religion païenne. Un point par-

(1) Marchi, Architecture de Rome religieuse et souterraine, p. 10 et 58. — Gaume, Les trois Rome, t. IV, p. 46.

(2) S. Jérôme, Epist. Paris. 1643, t. I, ep. 49, ad Innocent. ; t. IX, ep. 13, ad Rustic. — Collect. Vatican., t. IX, p. 133. — Code Théodosien, liv. VII, tit. 20, loi 12 et ailleurs. — Du Cange, Glossarium, v° Fossarius.

(3) Martigny, v° Fossores.

ticulier doit retenir notre attention : à l'avarice des libitinaires, il nous faut opposer l'esprit de libéralité apporté dans cette matière par la religion nouvelle et consacré par les décisions des empereurs.

Avec le Christianisme, il était juste que le transport des cadavres fût rendu facile ; on ne doit donc pas s'étonner que les empereurs l'aient exempté de tout droit fiscal et l'aient déclaré gratuit. « *In nullo quopiam loco vectigal ab aliqua persona pro corporibus ex uno in alium locum translatis præstetur* », dit la loi 15 au Code de Justinien. Elle abroge purement et simplement la loi 37, D. *De relig.* Il est donc inutile de chercher à concilier ces deux textes ; et point n'est besoin de l'explication fournie par Cujas (1), qui remplace, dans cette dernière, l'expression « *vectigalia* » par celle de « *vestiaria* », selon la leçon des Basiliques (2).

156. — Pour assurer la gratuité, Constantin porta le nombre des *fossores* à 950, et leur assigna des habitations spéciales (*officinas*) dans les différents quartiers de la ville, en les exemptant de l'impôt. L'an 357, l'empereur Constance déclara, par une loi, qu'ils n'auraient pas à acquitter la contribution lustrale que payaient les marchands (3). Ces dispositions furent un instant supprimées par Julien l'Apostat, à l'instigation de l'évêque arien Georges d'Alexandrie (4) ; mais elles furent bientôt rétablies par Théodose (5) et confirmées par Anastase. Celui-ci éleva le chiffre des *fossores* à 1100 et les pourvut d'un revenu annuel de sept cents livres d'or, qui leur

(1) Cujas, Observat., V, 40.
(2) Basiliques, liv. 59.
(3) Hornstein, op. cit., p. 94.
(4) Balduinus, De Legibus Constantini, lib. I : Heineccius, t. I, page 578.
(5) L. 4, C. de Sacros. Eccles.

permettait de fournir gratuitement leur pieux ministère (1).

Justinien confirma ces privilèges. Chaque cadavre devait être accompagné, sans frais pour les héritiers, d'un *asceterium* ou cortège comprenant huit religieux et trois acolytes. Si les parents du défunt voulaient donner au convoi une pompe plus solennelle, ajouter un *asceterium* ou même plusieurs, ou faisaient choix, *ad honorem defuncti*, d'un brancard *ex maximis lectis*, ils en supportaient eux-mêmes la dépense, sans toutefois qu'elle puisse excéder 12 *aurei* (2). Le montant des frais funéraires était aussi gradué suivant la distance à parcourir. Ainsi, restait-on dans l'enceinte des nouveaux murs de Constantinople : le tarif de chaque *asceterium* supplémentaire était du tiers de l'*aureus* (*tremissis*) ; aux acolytes on donnait *tres siliquas* s'ils étaient au nombre de trois, *sex siliquas* s'il y en avait six, et ainsi de suite proportionnellement. Si l'on dépassait les nouveaux murs construits par Théodose, les *sanctimoniales* ajoutés au nombre ordinaire recevaient *semissem*, les acolytes *quatuor siliquas* ; mais s'il n'y avait que l'*asceterium* réglementaire, il devait toujours demeurer gratuit (3). Plusieurs conciles de la primitive Église ont exigé cette gratuité. Saint Grégoire le Grand (4), dans une de ses lettres, réprimande l'évêque de Sardaigne, Januarius, d'avoir demandé à une riche matrone une somme d'argent pour l'enterrement de sa fille. Dans une autre, il interdit à l'évêque Messalinus d'accepter le legs de la chose d'autrui fait par une

(1) Balduinus, Comment. Constit. 13, apud Heineccium, op. cit. — Arrighi, loc cit.

(2) Novelles 43 et 59. — Bergier, Dictionnaire de Théologie, v° Sépulture et v° Cimetière. — Cujas, Comment. Novell. 43 et 59.

(3) Hænel, Juliani epitome latina Novellarum Justiniani, Leipzig, 1873, constitutio 43, n° CXCV.

(4) Saint Grégoire le Grand, Registri epistolarum, lib. IX, epist. 3. Op. Venise, 1744, t. II, p. 926.

personne en vue de ses obsèques, bien que, d'après les principes du droit, ce legs soit parfaitement valable.

157. — Il ne faut pas conclure de ce qui précède que la gratuité des sépultures fût un principe absolu. Il est à remarquer que ce fut surtout sous l'ère des persécutions que l'Eglise prit à sa charge les frais des funérailles, et particulièrement les dépenses de celles des pauvres. On est en effet autorisé à penser que, même aux premiers temps du Christianisme, ceux des fidèles auxquels leurs ressources le permettaient, ne voulant pas être à charge à l'Eglise, achetaient à leurs frais et de leur vivant le lieu de leur sépulture et de celle de leurs parents et amis (1). Le plus souvent on l'achetait des *fossores* ; un véritable contrat de vente intervenait, et l'on trouve fréquemment sur les épitaphes l'énoncé du prix payé, soit pour un tombeau particulier, soit pour un tombeau de famille (2). C'est surtout après les persécutions et lorsque les sépulcres cessèrent d'être creusés par l'autorité des papes ou des évêques que cette coutume devint de plus en plus fréquente.

Plus tard le principe de la gratuité fut tantôt admis, tantôt écarté, suivant les différentes époques et d'après les décisions des conciles, jusqu'à ce que cette question fût tranchée par les règles définitives du droit canonique.

(1) Martigny, v° Fossores.

(2) On cite particulièrement une inscription du cloître de Saint-Paul-hors-les murs, qui mentionne un contrat de ce genre entre le *fossor Hilarus* et l'acheteur *Artemisius*, avec les noms des témoins et le prix de vente. V. Muratori, Thes. t. IV, p. 1863, n. 9. — Hornstein, op. cit. p. 95. — Cf. Marchi, op. cit. p. 165. — De Rossi, Inscr. I, 210.

CHAPITRE IX.

DES FRAIS FUNÉRAIRES.

ARTICLE I.

De l'acquittement des frais funéraires.

§ I. — *Leur composition légale.*

158. Délimitation de ces frais.
159. Importance à les évaluer pour le règlement d'une succession.
160. Dispositions prises par le défunt au sujet de ses funérailles et de son tombeau.
161. Cas où il a fait erreur dans l'énoncé de ses dispositions. Explication de la loi 27, D. *de condit. et demonst.*
162. Les frais doivent être en rapport avec le rang social du défunt.
163. Dans quelle mesure on doit tenir compte des dépenses superflues.

158. — Le présent chapitre n'a point pour objet d'établir le bilan de toutes les dépenses qui pouvaient être le résultat du luxe des funérailles et du faste des tombeaux qu'avaient en vain essayé de réprimer les lois somptuaires. L'histoire a fait le compte de cette prodigalité.

Aussi bien les dépenses qu'il nous faut étudier doivent-elles s'entendre des frais raisonnables et nécessaires, déterminés par l'usage, garantis par un privilège, et donnant naissance à l'action *funeraria*, dont nous connaîtrons bientôt le mécanisme. Ce sont celles dont les lois 37 pr., 14, § 3, et 4, *De Religiosis*, au Digeste, donnent une énumération qui n'est point limitative. Il faut y comprendre d'une manière générale tout ce qui a été déboursé sans exagération à l'occasion des funérailles ou de l'inhumation du défunt.

159. — L'évaluation exacte des frais funéraires est particulièrement importante quand il s'agit de faire le calcul de la quarte Falcidie. On sait en effet que, dans ce cas, pour déterminer le montant d'une succession, il faut déduire les dettes, la valeur des esclaves affranchis et les frais funéraires. Pour l'estimation de ceux-ci, Marcellus déclare qu'on ne doit faire entrer en ligne de compte que les dépenses absolument indispensables. Il ne croit pas qu'on puisse y comprendre les frais d'érection de monument ; dans le cas, toutefois, où ils seraient compris, dit-il, on ne doit en estimer la valeur que d'après celle du monument le plus simple (*ad speciem modicam monumenti*). Sabinus tranche la question avec moins de rigueur, et pense qu'elle sera déterminée suivant les circonstances. Il faudra, par exemple, se demander si le monument est nécessaire à la protection du sépulcre, ou encore si le rang social du défunt exige cette dépense (1). Dans tous les cas, si elle est purement voluptuaire, (comme dans l'hypothèse où le testateur aurait prescrit d'entourer de portiques le lieu de sa sépulture), si elle consiste dans des détails inutiles d'ornementation, elle ne sera point comptée au nombre des frais funéraires (2).

160. — En principe, on doit donner au défunt la sépulture qu'il a désirée. C'était d'ailleurs l'usage assez fréquent que celui-ci déterminât le mode de ses funérailles et le genre de son sépulcre. « *Disponunt quidam etiam illa, quæ ultra vitam sunt, moles magnas sepulchrorum, et operum publicorum de-*

(1) L. 1, § 19, et l. 2, D. ad legem Falcid.

(2) L. 37, § 1, D. de relig. — Cette loi entend bien l'expression de *monumentum* dans le sens de protection donnée au sépulcre : « muniendi causâ » ; ce qui a autorisé certains auteurs à écrire *munimentum*. V. p. ex. Voët ad lib. XI, D. t. VII. — Noodt, id. — La Florentine porte *monimentu m*.

dicationes, et ad rogum munera et ambitiosas exsequias » (1).

En outre du choix fait par le Romain du genre de son sépulcre et des dispositions prises au sujet de ses funérailles, il arrivait fréquemment qu'il laissait par testament des legs ayant pour objet de s'assurer à perpétuité ou à temps les honneurs funèbres. Nous trouvons dans les inscriptions et au Digeste divers exemples de ces sortes de fondations, qui sont en réalité des legs conditionnels. C'est, entre autres, une somme considérable donnée par un personnage illustre à sa ville natale pour que les intérêts de ladite somme servent à célébrer tous les deux ans des jeux publics en son honneur (2). Ce sont encore des affranchissements faits par testament sous la condition que, chaque mois, les affranchis iront au tombeau du testateur, allumer une lampe et accomplir les rites funèbres (3). Nous pourrions continuer cette énumération (4).

161. — Qu'arriverait-il au cas où le testateur aurait fait erreur dans l'expression de ses dernières volontés au sujet de sa sépulture ? Supposons, par exemple, qu'il ait enjoint, sous clause pénale, à ses héritiers de lui élever un monument semblable à tel autre désigné, et que le tombeau en question, appelé à servir de modèle, n'existe pas en réalité ? C'est l'hypothèse dont parle la loi 27, D. *De conditionibus et demonstrationibus*. Le défunt dans son testament a parlé du sépulcre de Publius Septimus Démétrius : ce sépulcre n'a jamais existé, mais il y a celui de Publius Septimus Dema. Les héri-

(1) Sénèque, De brevitate vitæ, in fine.

(2) L. 21, § 3, D. de annuis legatis.

(3) L. 44, D. de manum. testam.

(4) L. 24, de ann. leg. ; ll. 16 et 17, de usu et usufruct. — Rudulphi Fornerii rerum quotidian. lib. III, cap. 19 : Otton, t. II, p. 215.

tiers, s'ils n'élèvent pas le tombeau, subiront-ils la clause pénale imposée par le testateur ? C'est une question d'appréciation qui dépendra des circonstances. S'il est manifeste qu'il y a eu confusion dans l'esprit du défunt, mais que sa volonté est néanmoins très claire, les héritiers devront construire le sépulcre conformément au modèle qu'il avait en vue, sinon ils s'exposent à la conséquence attachée à leur refus. Dans le cas, au contraire, où la volonté du défunt ne ressort pas suffisamment des termes du testament, les héritiers ne seront point tenus de l'obligation dont il s'agit ; mais ils devront alors ériger un monument en rapport avec la dignité et le rang social du testateur.

162. — Cette dernière considération est une de celles qui dominent notre matière (1). Elle sert de base pour la juste évaluation des dépenses à faire. En donnant la sépulture au défunt, l'héritier aura donc à se préoccuper de la situation et de la fortune de celui-ci : il aura soin de n'excéder la mesure ni en trop ni en moins. Faire trop peu, en effet, pour les funérailles d'un homme illustre, serait regardé comme une injure à sa mémoire (2). D'autre part, faire trop, serait porter préjudice aux créanciers et aux légataires, puisque, comme nous le verrons, les dettes funéraires sont garanties par un privilège qui prime les droits de ceux-ci.

163. — Les déboursés superflus ne seront donc pas classés parmi les frais funéraires. Si la volonté du testateur s'exprime d'une manière inconsidérée, l'héritier n'est pas obligé de l'exécuter, et n'aura point à redouter pour cela d'être déclaré

(1) L. 12, § 5 ; 14, § 6 ; 21, D. de relig.
(2) L. 14, § 10, id.

indigne de la succession (1). Rien ne l'empêchera toutefois de faire face aux dépenses exagérées, si le sort des créanciers et des légataires ne doit pas s'en trouver atteint. Du moment, en effet, qu'il y a dans la succession de quoi les désintéresser, le surplus pourra sans difficultés être employé à de telles dépenses, selon le désir exprimé par le défunt, ou même si c'est là l'intention personnelle de l'héritier.

Un testateur, en désignant la somme minima qu'il entend affecter à l'établissement de son sépulcre, peut donc laisser à son héritier toute liberté de dépenser davantage. Mais l'héritier, au cas où la somme lui paraîtrait plus que suffisante pour les frais nécessaires du sépulcre, ne peut-il pas en attribuer le reliquat au paiement des legs, au lieu de l'employer en dépenses exclusivement voluptuaires ? C'est l'avis de Doneau (2). Cujas, au contraire (3), estime que l'héritier, en abaissant lui-même le minimum expressément déterminé par le testateur, irait contre la volonté de celui-ci, et devrait encourir l'indignité (4).

§ II. — *A qui incombe le devoir de la sépulture du défunt.*

164. Il échoit à l'héritier, et les frais, étant une dette de la succession, sont supportés proportionnellement à la vocation successorale.
165. Exception au cas de désignation spéciale d'une personne par le défunt.
166. Moyens possibles aux héritiers d'obliger cette personne à remplir le rôle accepté par elle.
167. Ses droits suivant qu'elle est : 1° ou un légataire ;
168. 2° Ou un curateur ;
169. 3° Ou un mandataire.
170. Droits du possesseur de bonne foi.
171. Sépulture ordonnée d'office.

164. — Les explications qui précèdent ont déjà suffisam-

(1) L. 113, § 5, D. de legatis I. — L. 14, § 5 et 6 in fine, D. de relig. — L. 40, § 2, D. de auro, argento. — L. 5, C. de his quibus ut indignis.
(2) Doneau, Jus civ. liv. VIII, ch. 25, § 12.
(3) Cujas, l. 88, § 1, D. de legat. II. Op. t. VII, p. 1252.
(4) Paul. Sent. liv. III, tit. V, § 13.— L. ult. C. de fideicommissis.

ment prouvé que le soin de la sépulture concerne ceux qui sont appelés à la succession. Ce devoir échoit donc tout d'abord aux héritiers légitimes, dans l'ordre de leur vocation successorale (1). Par application de ce principe, le patron qui demande la possession de biens *contra tabulas,* doit contribuer aux frais funéraires, au prorata de ce qu'il recueille (2). Tous les héritiers contribueront donc aux dépenses de l'érection du sépulcre, proportionnellement à la part qui leur revient à chacun dans la succession, et, comme sanction de cette obligation, ils auront, les uns vis-à-vis des autres, l'action *familiæ erciscundæ :* « *Sed et cum monumentum jussit testator fieri, familiæ erciscundæ agent ut fiat. Idem tamen teneat quia heredum, quos jus monumenti sequitur, præscriptis verbis posse eos experiri, ut monumentum fiat* » (3).

La loi 42, *De Legatis* 3, D., prévoit le cas où deux héritiers sont institués pour portions très inégales, et où, d'après les termes du testament, le moins favorisé est exclusivement chargé des dépenses funéraires. Elle décide, conformément à ce que nous venons de dire, que les frais seront supportés proportionnellement par chacun d'eux.

165. — La règle générale que le devoir de la sépulture incombe à l'héritier, souffre exception quand le défunt a spécialement désigné une personne pour remplir cet office. Celle-ci peut avoir pour mission soit de faire les funérailles, soit d'ériger le sépulcre. Dès lors, c'est à cette personne seule qu'il appartient d'agir (l. 12, § 4, D. *De Relig.*), et l'héritier qui l'en empêcherait sous un prétexte quelconque serait en faute (*non recte*

(1) L. 12, § 4, D. de relig.
(2) L. 15, id. — L. 6, § 1, D. si pars heredit.
(3) L. 18, § 2, D. famil. ercisc.

facere) (1). Le texte n'énonce point toutefois de peine portée contre lui. C'est là une loi imparfaite, sans sanction, comme il s'en rencontre quelques-unes en droit romain, telle qu'est, par exemple, la loi Cincia *de Donationibus*, et la loi 3, § 4, *de Sepulchro violato*. On considère sans doute qu'en mettant obstacle aux funérailles l'héritier « *violat potius honestatem quam legem* » (2), car il n'en reste pas moins le successeur de tous les droits du défunt.

La personne désignée est libre d'accepter cette charge; le testateur ne peut donc pas l'y contraindre. Si elle refuse, elle n'encourt aucune peine ; mais il est juste de dire qu'alors elle ne doit point toucher la somme qui lui a été laissée pour faire face aux dépenses funéraires (3).

166. — Qu'arriverait-il si, après avoir touché cette somme, elle déclarait ne pas vouloir s'acquitter de sa tâche? Quelle action auront contre elle les héritiers ? Si le débat se passait entre cohéritiers, nous avons vu qu'il y aurait lieu à l'action *familiæ erciscundæ* ; mais là n'est point l'hypothèse ; il s'agit d'un étranger. Ce tiers, nous dit la loi 14, § 2, sera soumis à l'action de dol exercée par les héritiers, et le préteur pourra même l'obliger « *extra ordinem* » à remplir la mission qu'il avait acceptée.

Quelquefois aussi, et non point dans tous les cas, les héritiers auront l'action *mandati* ; mais il faut pour cela qu'un contrat de mandat soit né, ce qui n'a pas toujours lieu. Cela dépendra de la situation que tient du défunt la personne dont nous parlons.

(1) L. 14, § 14, De relig.

(2) A. Faber, Rationalia, ad l. 14, § 14, de relig. — Brunemann, id.

(3) L. 12, § 4, D. de relig.

167. — Elle peut être en effet soit un légataire, soit un simple curateur, soit enfin un mandataire.

1° Un légataire. — Pour s'assurer l'érection de son tombeau ou l'accomplissement de ses funérailles, le testateur peut avoir légué à une personne une somme déterminée. Dès lors on applique toutes les règles des legs. Ce qui restera de la somme léguée après l'acquittement des frais funéraires, ne fera point retour aux héritiers, mais demeurera la propriété du légataire, qui supportera sur ce reste, véritable objet de son legs, la quarte Falcidie (1) (l. 1, § 19, D. *ad leg. Falcidiam ;* l. 3, C. *de relig.*).

168. — 2° Un simple curateur. — La personne à qui est confié le soin de la sépulture n'est alors ni un légataire, ni un mandataire proprement dit ; c'est simplement un ami auquel le testateur demande en quelque sorte un service. « *A te peto, Titi, fideique tuæ committo, uti curam condendi corporis mei suscipias, et pro hoc tot aureos e medio præcipito* » (2). Il en résulte que le tiers ne doit, en aucune façon, tirer profit des avances qui lui sont faites pour subvenir aux frais dont il s'agit. Si donc il a dépensé moins que la somme allouée par le testateur, il rapportera à la succession ce reliquat. Mais s'il a dépensé plus, et payé l'excédent des frais sur ses deniers personnels, pourra-t-il se faire rembourser par les héritiers ? Non. Il n'y a point là en effet gestion d'affaires, car le testateur avait fixé lui-même la somme à employer ; le curateur est en faute de l'avoir dépassée, et doit en subir les conséquences (3).

169. — 3° Un mandataire. — En principe, tout mandat

(1) Cujas, Explic., l. 88, § 1, de legatis II : Op. t. VII, p. 1252.
(2) L. 88, § 1, D. de legat. II.
(3) Cujas, loc. cit.

post mortem mandantis est nul. Nous nous trouvons ici en présence d'un des cas très rares où il est exceptionnellement valable (1). Il faut reconnaître que le mandat ainsi conçu ne fait point échec au principe qu'on ne peut faire naître une créance en la personne de son héritier. Les parties en effet sont toujours libres de convenir que les pouvoirs du mandataire ne s'éteindront pas par la mort du mandant, et cette convention est évidemment sous-entendue quand l'affaire qui fait l'objet du mandat est de nature à ne devoir être faite qu'après le décès du *mandator* (2).

Les actions *mandati* trouveront leur jeu. Si, par exemple, le mandataire a bâti le monument à ses frais, sans qu'il ait été convenu qu'il doive supporter cette charge, il exercera, pour se faire rembourser, l'action *mandati contraria* contre les héritiers du défunt, comme il l'aurait exercée contre celui-ci s'il n'était pas mort, pour obtenir des ressources qui lui

(1) Les textes reconnaissent validité au mandat dans les trois autres hypothèses qui suivent : 1° celle d'une *adstipulatio* accédant à une *stipulatio post mortem stipulantis* (Accarias, n° 557) ; — 2° celle d'un esclave aliéné sous la condition d'être affranchi après la mort de l'aliénateur (l. 27, § 1, *Mandati*) ; peut-être même, dans ce cas, n'y a-t-il pas mandat, mais simple contrat innommé ; — 3° celle où une personne a donné mandat d'acheter après sa mort un fonds à ses héritiers. « *Idem est et si mandavi tibi ut post mortem meam heredibus meis emeres fundum.* » Cette dernière hypothèse relatée dans la loi 13 D. *Mandati* suit immédiatement celle qui fait l'objet de notre étude. Ce rapprochement fait supposer à Noodt qu'elles se rapportent toutes deux au même ordre d'idées. D'après lui, la loi 13 ne viserait point le cas d'un mandat général d'acheter un fonds de terre aux héritiers, mais bien le mandat spécial d'acheter un terrain destiné à l'érection d'un sépulcre. Pour appuyer son opinion, il ne recule pas devant une supposition qui, loin d'être inattaquable, a du moins le mérite d'être ingénieuse. Il croirait volontiers que le texte primitif de cette loi serait : « ut post mortem meam *hereditario monumento emeres* fundum ». Ce texte aurait été tout d'abord écrit en abréviations : H. M., et les éditeurs imprévoyants auraient lu « *heredibus meis* », au lieu de « *hereditario monumento* ». Solution peu admissible, mais assez originale pour ne pas être passée sous silence. (Noodt, Observationes, liv. II, ch. 3.)

(2) Accarias, n° 631. — Maynz, § 224.

permissent de continuer l'œuvre commencée. De son côté, l'héritier aura contre le mandataire l'action *mandati directa* pour le forcer à entreprendre ou à achever le travail (l. 12, § 17, *D. Mandati vel contrà*).

170. — Le possesseur de bonne foi qui a bâti un monument au défunt, en y employant la somme fixée par celui-ci, ou, à défaut de cette désignation, la somme qui, selon toutes probabilités, aurait été dépensée, a droit au remboursement, s'il vient à être évincé de sa possession. A cet effet, il pourra retenir ce qui lui est dû, en opposant l'exception de dol, ou le réclamer, en exerçant l'action de gestion d'affaires (1) (l. 50, § 1, *D. de hereditatis petitione*).

171. — Si, pour donner la sépulture au défunt, il ne se trouve personne, ni héritiers, ni parents, ni un tiers désigné par le testateur à cet effet, le magistrat pourra y faire procéder d'office, sur les ressources de la succession, dans l'intérêt de l'ordre public et de la religion. Disons aussi que, le plus souvent, cet intérêt suprême de la religion amènera une personne quelconque, même étrangère, à se charger des funérailles; elle recouvrera les dépenses faites à cette occasion, au moyen de l'action funéraire dont nous parlerons bientôt. Nous verrons aussi que cette action, en l'absence de toute autre compète d'une manière générale à celui qui a fait les funérailles sans intention de libéralité, soit spontanément, soit sur la désignation du défunt, et malgré l'opposition de l'héritier.

(1) C'est là une des rares exceptions au principe que celui qui a cru faire sa propre affaire ne peut point intenter l'action *negotiorum gestorum contraria*. (V. Maynz, § 274 in fine.)

§ III. — *Comment se règlent les frais funéraires.*

172. Rang suivant lequel les ressources de la succession sont employées à l'acquittement de ces frais.
173. Hypothèse où le défunt est un fermier ou un locataire.
174. Les conditions de la vente et les conséquences qu'elle entraîne font partie de la procédure extraordinaire.
175. Au cas où les legs absorbent la succession, les objets légués sont vendus et les frais acquittés sur le prix.
176. Les légataires, pour obtenir le reliquat, auront contre l'héritier une action *in factum*. Autre application de cette action.

172. — En disant que les héritiers ont le devoir de donner la sépulture au défunt, nous n'avons point entendu déclarer qu'ils ont à en fournir les frais sur leurs deniers personnels. Nous savons qu'ils y contribuent proportionnellement à ce qu'ils recueillent : c'est dire que les dépenses funéraires sont une dette de la successsion, une dette du défunt. « *De suo expedit mortuos funerari* » (1). On en sait la conséquence, et comment cette dette, garantie par un privilège, doit être acquittée avant toute autre.

Mais quel ordre suivra-t-on dans l'emploi des ressources de la succession, pour payer ces dépenses ?

1° On y affectera l'argent de la succession, s'il y en a.

2° S'il n'y en a pas, ou si la quantité est insuffisante, on y attribuera le produit de la vente des objets susceptibles de dépérissement ou dont la conservation serait une charge.

3° A défaut de ces objets, on aura recours à la vente ou à la mise en gage des objets précieux qui pourraient se trouver dans la succession, tels que vases d'or ou d'argent.

(1) L. 14, § 1 et 13, de relig.

4° Enfin, on opérera le recouvrement des créances le plus facilement exigibles (1).

173. — Si le défunt est un fermier ou un locataire, et qu'il n'y ait pas dans sa succession des ressources suffisantes pour les frais de sa sépulture, on y emploiera le produit de la vente des objets qu'il a apportés dans la ferme ou dans la maison. Sans doute, ces objets sont le gage tacite du bailleur ; la garantie de celui-ci sera donc ainsi forcément diminuée et réduite aux objets qui restent (2). Noodt prétend que le bailleur aurait pu déterminer son gage du vivant du fermier ou du locataire, et qu'il aurait ainsi empêché, jusqu'à concurrence de son évaluation, la saisie des objets apportés. Si le bailleur n'a pas pris cette précaution, ajoute-t-il, la faute en est à lui seul, et il doit la supporter (3). Nous ne croyons pas réalisable, dans l'espèce, cette prétention du bailleur. Son droit est évidemment primé par la dette funéraire, qui doit être acquittée avant toutes autres, et le fermier ne pourrait même pas stipuler le contraire (4).

174. — C'est au préteur ou au magistrat municipal qu'il appartient de fixer les conditions de la vente dont nous parlons et l'ordre dans lequel les objets seront vendus. Comme toutes les questions qui ont trait aux funérailles, ce règlement fait partie de la *cognitio extraordinaria* proprement dite. Il n'y a alors ni *actio*, ni *judicium ;* et le magistrat, après avoir examiné l'affaire, rend un décret qui fait connaître sa décision (5). C'est également lui qui veillera à ce que l'acheteur

(1) L. 12, § 6 ; l. 13, de relig.
(2) L. 14, § 1, id.
(3) Noodt., liv. XI, tit. VII, p. 269.
(4) V. infra, n° 200.
(5) Keller, Actions, ch. IV, § 81, p. 376.

obtienne la livraison de la chose vendue, et tranchera les difficultés qui pourraient surgir à cette occasion (1). Une fois la vente faite en effet, l'héritier ne peut point en empêcher l'exécution. S'il avait voulu éviter la distraction des objets de la succession, il n'avait qu'à se hâter de faire adition d'hérédité, et procéder aux funérailles sur ses deniers personnels ; n'ayant pas pris ce parti, il ne peut attaquer la vente, et l'acheteur, couvert par l'autorité du juge, ne sera point inquiété (2).

175. — On peut supposer le cas où, le défunt ayant employé en legs tous les objets de la succession, il ne reste aucune ressource suffisante pour les frais funéraires. Les choses léguées devront alors être saisies et vendues, et les dépenses payées sur le prix. Il est de toute justice, en effet, que l'on prenne sur les biens du défunt pour sa sépulture, plutôt que de les laisser aux mains des légataires. Ceux-ci, du reste, doivent être indemnisés par l'héritier, si c'est possible. Dans le cas contraire, ils perdront le bénéfice de leurs legs, et les droits de l'acheteur seront toujours sauvegardés, par cette raison que « *melius est legatarium non lucrari, quam emptorem damno adfici* » (3).

176. — Les légataires, disons-nous, seront indemnisés si, après tous comptes établis, la succession est assez forte pour les désintéresser. Dans ce but, ils exerceront contre l'héritier une action *in factum*.

Une autre hypothèse peut se présenter où ils auront également une action *in factum* analogue à la précédente. C'est celle où l'héritier, même dans le cas d'une succession sol-

(1) L. 14 pr. de relig.
(2) Id. et l. 137, de regulis juris.
(3) L. 14, § 1 in fine, de relig.

vable, a employé, pour les funérailles, des objets qu'il ignorait être légués par le testateur. Si l'héritier avait la connaissance du legs, il y aurait évidemment dol de sa part, et l'action *ad exhibendum* serait justement exercée contre lui. Mais, dans l'ignorance où il se trouve, cette action est sans fondement. Il n'a pas possédé les objets, et n'en a point par conséquent abandonné la possession par dol. D'autre part, il est impossible au légataire d'agir *ex testamento*, car on ne peut obtenir par cette voie que ce qui est compris dans les termes du testament ; or ce n'est pas l'indemnité réclamée par lui qui fait l'objet même du legs. Reste donc l'action *in factum* qu'il sera libre d'intenter (1).

ARTICLE II.

De l'action funéraire.

§ I. — *Sa nature.*

177. A qui et contre qui elle est donnée. Son montant.
178. Analogie avec l'action de gestion d'affaires.
179. Ce qui les différencie.

177. — L'action *funeraria*, que nous allons étudier, est donnée à toute personne qui, poussée par un mobile pieux, a pris soin des funérailles, soit de son propre mouvement, soit sur le désir exprimé par le défunt. Pour encourager le devoir de la sépulture, qui chez les Romains était la condition nécessaire du repos dans la mort, il importait de le rendre aisé au citoyen qui voulait bien s'en charger, et qui, même dans le cas

(1) L. 63, D. de legatis II. — L. 3, § 4, D. ad exhibendum. — L. 7, C. h. t. — L. 46, D. de relig. — Cujas, Explic. l. 63, de legat. II. Op. t. VII, p. 1165.

d'une désignation spéciale faite par le testateur, restait toujours libre d'accepter cette mission ; c'était une question de justice aussi, car il était souverainement équitable que l'acte de dévouement accompli par lui ne tournât pas à son détriment

Au moyen de cette action, la personne dont nous parlons pourra donc se retourner contre l'héritier, et se faire rembourser par lui toutes ses dépenses. Là surtout s'appliquera la règle précédemment posée que, pour en établir le montant, il faudra tenir compte de la qualité du défunt, de sa fortune, des circonstances de l'inhumation, et ne point faire entrer en ligne les frais superflus, quand bien même ils auraient été ordonnés par le testateur. Le juge déterminera le *quantum* raisonnable de tous ces frais, en appréciant aussi le degré de bonne foi de la personne qui a accompli les funérailles.

Comme nous l'avons déjà observé, les dépenses ainsi faites sont la dette de la succession, et non point celle de l'héritier. Par conséquent, celui qui a fait les obsèques a bien plutôt contracté avec le défunt qu'avec son successeur, suivant que s'exprime la loi 1 de notre titre : « *Qui propter funus aliquid impendit, cum defuncto contrahere creditur, non cum herede* ». Il n'en est pas moins vrai cependant que, pratiquement, pour se faire rembourser, il devra agir contre l'héritier en tant que représentant du défunt, chargé de l'acquittement des dettes héréditaires, et qu'il se trouve, en quelque sorte, vis-à-vis de lui dans la position d'un gérant.

178. — L'analogie entre l'action de gestion d'affaires et l'action funéraire est tellement frappante que Cujas est tenté d'appeler celle-ci une action de gestion d'affaires utile (1). Les

(1) Cujas, Comment., lib. 27, Pauli ad Edictum, Op. t. V, p. 376 ; t. I, p. 658. — A. Faber, Rationalia, ad ll. 12 § 2, 14 § 13, 31 § 2, de relig.

textes, du reste, les comparent souvent entre elles : toutes deux sont prétoriennes (l. 12, § 2, *de Relig.*), de bonne foi, fondées sur l'équité (l. 14, § 6) ; toutes deux sont *in personam*, subsidiaires, c'est-à-dire ne pouvant s'exercer qu'à défaut d'autres (l. 14, § 12 et 15, *de Relig.*) ; toutes deux ne peuvent servir qu'à réclamer les frais faits d'une manière convenable et utile, car elles tendent exclusivement à obtenir un remboursement et non un enrichissement, à éviter de laisser au *dominus* ou à l'héritier un avantage illicite. Chacune d'elles est perpétuelle, donnée aux successeurs et ayant-cause passivement et activement (l. 31, § 2, *de Relig.*), comme toutes les actions prétoriennes qui sont *persecutoriæ rei* (l. 35, D. *de oblig. et act.*).

En se chargeant des funérailles, le tiers, comme le gérant dans la gestion d'affaires, agit avec l'intention de gérer pour un autre et de l'obliger éventuellement. Peu importe du reste, dans l'un et l'autre cas, que cette intention se rapporte à une personne déterminée ; le plus souvent en effet, les funérailles auront été précisément faites alors que l'héritier était encore inconnu. Remarquons aussi que si, dans leur accomplissement ou dans l'acte de gestion, il y a eu un but de libéralité, l'action funéraire, de même que l'action *negotiorum gestorum*, ne seront point recevables (l. 14, § 7, *de Relig.*).

Il nous faut encore signaler un point important de similitude entre ces deux actions. En règle générale, l'action de gestion d'affaires est refusée au gérant qui aurait cru agir pour lui-même (1). Il ne peut recouvrer ses dépenses utiles que s'il se trouve à même d'opposer au maître revendiquant un droit de rétention au moyen de l'exception de dol ; mais cela

(1) L. 14, § 1 ; l. 29 pr. D. com. div.

suppose évidemment qu'il possède encore la chose, à l'occasion de laquelle il a fait les dépenses. S'il n'en a plus la possession, il ne lui reste aucun moyen de se faire indemniser (1). Toutefois cette rigueur fléchit exceptionnellement quand le gérant se trouve être l'héritier putatif qui fait des déboursés auxquels il se croit obligé en qualité d'héritier. En agissant de la sorte, en effet, il libère le véritable héritier; aussi lui donne-t-on à bon droit contre ce dernier l'action de gestion d'affaires (2). Cette dérogation aux principes généraux s'explique par la considération que la personnalité complexe de l'héritier apparent peut être divisée. On peut en effet séparer son individualité propre de la qualité d'héritier qu'il croyait avoir ; et il est juste que celui auquel cette qualité profite définitivement lui tienne compte des déboursés faits de bonne foi (3).

Nous nous trouvons en face de la même situation à propos de notre action funéraire. Les lois 14, § 11, et 32 *pr. de Relig.*, prévoient le cas où les funérailles sont faites par l'héritier apparent qui ensuite est évincé de la succession. Les jurisconsultes Trebatius et Proculus, se fondant sur les principes généraux de la gestion d'affaires, avaient estimé que celui-ci, n'ayant pas cru agir pour le compte d'un autre, ne pouvait avoir eu l'intention de se faire rembourser. Mais Ulpien et Paul lui accordèrent expressément l'action funéraire, jugeant avec raison qu'il ne pouvait être victime de son ignorance.

179. — Malgré ces nombreuses ressemblances, les deux

(1) L. 14, D. de doli mali et met. except. ; l. 33, D. de condict. indeb. — Maynz, § 274, note 7.

(2) L. 49, D. de negot. gest. ; l. 50, § 1, D. de heredit. petit.

(3) Maynz, § 274. Observat., t. II, p. 479. Contrà : Accarias, n° 656 in fine t. II, p. 579, note.

actions ne doivent point être entièrement assimilées. Signalons une différence capitale. Pour qu'il y ait gestion d'affaires, il faut que le gérant ait agi sans ordre et même à l'insu de celui pour lequel il gère ; la gestion entreprise malgré la défense du *dominus* ne ferait point naître d'obligation à la charge de celui-ci (1). Par l'action funéraire, au contraire, le tiers oblige l'héritier, même au cas où ce dernier se serait opposé aux funérailles ainsi accomplies. La volonté du testateur qui a spécifié qu'elles seraient faites par telle personne désignée, l'emporte donc sur celle de l'héritier. Ce dernier demeure tenu des frais funéraires, malgré son opposition, par cette raison qu'ils ne sont point sa dette personnelle, mais celle du défunt : ainsi s'explique notre différence avec la gestion d'affaires (2).

Terminons sur ce point par une observation qui a son importance.

En comparant nos deux actions, nous avons remarqué qu'elles contiennent chacune ce degré d'équité que renferment toutes les actions de bonne foi en général. Nous devons ajouter que l'action funéraire découle encore plus immédiatement *ex æquo et bono* que l'action de gestion d'affaires, de telle sorte que, suivant l'ingénieuse expression de Faber, elle a l'équité « *pro matre* », tandis que l'autre l'a « *pro aviâ vel pro amitâ* » (3). Grâce à son caractère d'ordre public et surtout à la *favor religionis* dont elle se trouve empreinte, le juge y aura liberté plus entière d'appréciation ; et c'est dans ce sens qu'Ulpien lui recommande d'avoir toujours en vue l'équité, plutôt que de

(1) L. 8, § 3, D. de negot. gest. ; l. 6, § 2 ; l. 40, D. mandati ; l. 24, C. de negot. gest.

(2) L. 14, § 13, de relig.

(3) A. Faber, Rationalia, ad l. 14, § 13.

chercher à calquer en tous points l'action de gestion d'affaires. (L. 14, § 13, *de Relig.*)

§ II. — *Ses conditions d'exercice.*

180. 1° Intention de remboursement.
181. Controverse sur le texte de la loi 14, § 7, *de Religiosis*
182. Pour être efficace, l'intention d'être remboursé doit être déclarée expressément.
183. Il peut y avoir intention de libéralité pour une partie seulement des frais, et désir de remboursement pour l'autre.
184. 2° Absence de dessein injurieux.
185. 3° Défaut de toute autre action. Elle est subsidiaire à l'action *familiæ erciscundæ*.
186. Elle l'est également à l'action *mandati*. Hypothèses du mandat donné soit par l'héritier, soit par une personne quelconque, soit par un pupille. Cas de mise en œuvre de l'action funéraire.

180. — Nous les groupons sous trois chefs : intention de remboursement, absence de dessein injurieux, et défaut de toute autre action.

I. *Intention de remboursement.*

Il faut, avant tout, savoir quel mobile a fait agir celui qui a procédé aux funérailles. Peut-être a-t-il eu un but tout gratuit. Peut-être n'a-t-il entrepris cette tâche que dans l'intention exclusive de donner au défunt une marque d'attachement ou de rendre service à l'héritier, sans songer aucunement à rentrer dans ses déboursés. Dans ce cas, il n'y aura point lieu à l'action funéraire. « *Igitur æstimandum erit*, dit la loi 14, § 7, *et perpendendum quo animo sumptus factus sit : utrum negotium quis vel defuncti, vel heredis gerit, vel ipsius humanitatis : an vero misericordiæ, vel pietati tribuens, vel affectioni.* » Quelques mots au sujet de cette loi.

181. — Il y a évidemment intention d'antithèse entre les

deux derniers membres du texte ; mais alors la rédaction n'est-elle pas fautive, et l'expression « *ipsius humanitatis* » ne serait-elle pas mieux à sa place dans la seconde partie de la phrase ? Ce fut l'opinion du savant Claude de Saumaise, qui corrige en ce sens la ponctuation (1). En présence de cette difficulté, certains commentateurs (2), et à leur tête Grotius, ont voulu remplacer le terme d'*humanitatis* par celui d'*hæreditatis*, ne trouvant point, à leurs yeux, de différence entre les expressions de *misericordia* et d'*humanitas*. La gradation que présenterait le texte ainsi modifié les confirme dans ce parti. D'après eux, Ulpien aurait donc supposé successivement les hypothèses où celui qui fait les funérailles agit pour le compte soit du défunt, soit de l'héritier, soit enfin de l'hérédité, au cas spécial où ce dernier ne serait pas encore connu. Nous croyons, avec Bynkershoek, que cette interprétation de texte n'est point satisfaisante (3). Peu importe en effet pour quel compte la gestion a été faite ; il est certain qu'en définitive elle sera toujours supportée par l'héritier, en tant qu'il représente le défunt. L'expression d'*hæreditas* proposée par les vieux jurisconsultes ferait donc double emploi avec les précédentes ; et mieux vaut laisser telle que nous la trouvons au Digeste celle d'*humanitas*.

Pourquoi, en effet, chercher à la modifier ? Le sens qu'elle offre nous semble suffisamment différent de celui qu'il faut attribuer aux mots qui suivent dans le texte, savoir : *pietas*, *affectio*, et même *misericordia*. Ceux-ci font penser à des rapports plus étroits entre la personne qui fait les funérailles

(1) Salmasius, Observat. ad jus attic. et rom. ch. 25, p. 554 et suiv.

(2) Desiderii Heraldi Observationes et emendationes, ch. 34. : Otton, t. II, p. 1355. — Noodt, Comment. Dig. ad liv. XI, tit. 7.

(3) Bynkershoek, Observ. jur. rom. liv. IV, ch. 22.

et le défunt ou l'héritier ; ils comportent l'idée d'un sentiment plus personnel et désintéressé, et, partant, éveillent plus directement celle de libéralité. Le terme « *humanitas* », au contraire, répond plutôt au concept général d'après lequel tout citoyen romain désireux de procurer au corps de son semblable le repos après la mort, se trouvait naturellement porté à lui rendre le devoir de la sépulture. En ce sens, faire les funérailles de quelqu'un est bien « *negotium gerere humanitatis* » ; et la locution qu'emploie notre loi nous paraît parfaitement exacte (1). L'idée de libéralité en effet n'est pas nécessairement corrélative de celle de service rendu : aussi le texte que nous étudions ajoute-t-il avec raison que si se charger des funérailles d'un mort est toujours un acte pieux, il ne s'ensuit pas toujours pour cela que la personne qui y procède ait entendu prendre les frais à son compte.

Pour éclaircir toute espèce de doute à ce sujet, le mieux est de lui faire déclarer devant témoins dans quelle intention elle agit.

182. — Nous savons qu'une déclaration conçue dans le sens que les funérailles ont été faites par un mobile de piété intervient habituellement de la part des enfants qui procèdent aux obsèques de leurs parents, et, en général, de la part de toute personne qui s'acquitte de ce devoir envers une autre dont elle peut être héritière. Cette formalité est une garantie plus complète contre l'accusation d'immixtion dans la succession s'il s'agit d'héritiers siens, d'adition s'il s'agit d'héritiers volontaires. Mais d'une telle déclaration faite en ces termes généraux, on ne pourrait rien induire quant à la ques-

(1) « ....Si non *humanitati* dedi, ut quodlibet cadaver absconderem... » (Sénèque, de Beneficiis, V, 20). — Petrus Faber, Semest. liv. II, ch. 1.

tion qui nous occupe. Celui qui se charge des funérailles, s'il veut se réserver le droit d'être remboursé, doit le dire expressément (1). C'est ainsi qu'un fils qui, sans recueillir la succession de son père, l'aura inhumé sur l'ordre de celui-ci et malgré l'opposition de l'héritier, pourra exercer l'action funéraire contre ce dernier, s'il déclare avoir eu l'intention de rentrer dans ses frais, tout en ayant agi par un mobile de piété filiale (2).

183. — Au demeurant, la personne qui s'occupe des funérailles d'un défunt peut avoir la pensée de prendre une partie des frais à sa charge, et de laisser l'autre au compte de la succession (3). Rien ne s'oppose à une semblable combinaison. Cette personne sera donc investie de l'action funéraire pour la portion des dépenses auxquelles elle aura déclaré ne pas attacher un caractère de libéralité. Tout se résume, répétons-le, dans une question d'intention.

184. — II. *Absence de dessein injurieux.*

Il pourrait advenir qu'une personne poussée par la malveillance prît prétexte de pourvoir à la sépulture d'un défunt pour outrager sa mémoire en lui faisant des obsèques disproportionnées avec sa fortune ou son rang social. Des déboursés modiques suffiraient à cette satisfaction coupable. Dans ce cas, le juge ordonnera qu'il ne soit pas tenu compte de la somme dépensée, et déclarera l'action funéraire non recevable (l. 14, § 10, *de Relig.*).

Au cas où l'insulte serait reconnue avoir le caractère déterminé d'une injure *funeri vel cadaveri*, nul doute, croyons-nous,

(1) L. 14, § 8, de relig.
(2) L. 14, § 13, id.
(3) L. 14, § 9, id.

que l'*actio injuriarum* n'appartienne à l'héritier, ou ne tombe dans l'hérédité, si l'adition n'est pas encore faite (1).

Mais, si, de la part de la personne en cause, il n'y a pas eu intention mauvaise, si elle n'a fait qu'agir suivant la mesure de ses faibles ressources, elle pourra très bien répéter la somme employée, si minime qu'elle soit comparativement à la dignité du défunt. Il faut avant tout lui tenir compte du service pieux qu'elle a voulu rendre, et lui accorder, par l'action funéraire, le moyen de recouvrer ses déboursés (2).

185. — III. *Défaut de toute autre action.*

L'action funéraire est subsidiaire; elle ne sera donc point exercée tant qu'une autre action sera recevable.

Par conséquent, si c'est un héritier qui a fait les funérailles, les frais seront répartis entre lui et ses cohéritiers, au moyen de l'action *familiæ erciscundæ*, tant qu'elle subsistera. Mais il est de la nature de celle-ci de ne pouvoir être intentée qu'une fois ; il suit de là que si le partage a eu lieu sans que les dépenses funéraires aient été passées en compte, l'héritier aura l'action *funeraria* pour se faire rembourser (3).

186. — De même, notre action ne sera point admise tant que l'action *mandati* pourra être exercée. Supposons le mandat de faire les funérailles du défunt donné à un tiers, soit par l'héritier, soit par une personne quelconque, soit par un pupille.

1° Mandat donné par l'héritier. — Le tiers a seulement l'action *mandati* contre l'héritier son mandant ; il n'a nullement l'action funéraire. (L. 14, § 15, *de Relig.*) Celle-ci ne peut com-

(1) L. 1, § 6, D de injur.
(2) A. Faber, Rationalia, ad l. 14, § 10.
(3) L. 14, § 12, de relig. ; l. 49 in fine, famil. ercisc.

péter qu'à la personne agissant en dehors de tout mandat et faisant *proprio motu*, comme nous l'avons vu, l'affaire de l'héritier. (L. 14, § 16.)

2° Mandat donné par une personne quelconque, autre que l'héritier. — L'action *mandati*, pour les mêmes raisons, doit toujours passer avant l'action funéraire. Le mandataire en effet n'a de rapports qu'avec le mandant : il ne connaît ni le défunt, ni l'héritier; encore moins songe-t-il à gérer « *negotium hereditatis* ». Il réclamera donc par l'action *mandati*, et seulement par elle, ce qui lui est dû. Toutefois, si son mandant se trouvait dans l'impossibilité absolue de le désintéresser, le mandataire aurait, croyons-nous, l'action funéraire, au moins utile. « *Nam is nullam videtur actionem habere cui propter inopiam adversarii inanis actio est* (1). » Il serait inique, en effet, que l'héritier profitât de cette situation (2).

3° Mandat donné par un pupille. — Il faut se demander si ce pupille a ou n'a pas l'*auctoritas* de son tuteur.

A. A-t-il l'*auctoritas tutoris* ? Sa personnalité se trouvant ainsi complétée, pas de difficultés : l'action *mandati* est donnée contre lui au mandataire.

B. N'a-t-il pas l'*auctoritas* ? Le pupille n'ayant pu valablement donner mandat pour un acte qui tend à l'appauvrir, le mandataire n'a point l'action *mandati*. Mais a-t-il, à son défaut, l'action funéraire ? La loi 14, § 15, la lui accorde en distinguant l'hypothèse où le pupille est héritier, de celle où il ne l'est pas.

a. Le pupille n'est pas héritier. Ayant donné mandat sans l'*auctoritas tutoris*, il ne s'est pas valablement obligé. Mais le

(1) L. 6, D. de dolo malo.
(2) A. Faber, Rationalia, ad l. 14, § 15.

mandataire qui a fait les dépenses ne doit point en être pour ses frais, pas plus que l'héritier ne doit bénéficier de cet état de choses. Le mandataire aura donc contre l'héritier l'action funéraire utile. Il ne peut avoir l'action directe, puisqu'il n'avait point l'intention de l'obliger valablement, ayant agi sur le mandat du pupille.

b. Le pupille est héritier. D'après la règle consacrée par Antonin le Pieux, le pupille, dans tous les cas où il a traité « *sine auctoritate tutoris* », est tenu jusqu'à concurrence du profit que l'acte lui a procuré (1). Par application de cette règle, il devra supporter l'action funéraire jusqu'à concurrence des forces de la succession.

§ III. — *Ses applications.*

187. Principe général.
188. 1° Sépulture d'un père de famille.
189. 2° Sépulture d'un fils de famille.
190. 3° Sépulture d'un esclave.
191. 4° Sépulture d'un affranchi.
192. 5° Sépulture d'une femme mariée. Contribution proportionnelle des héritiers et du constituant de dot.
193. Droits et devoirs du mari.
194. *Quid* du premier mari d'une femme divorcée et remariée ?
195. Hypothèse où le mari peut se trouver tenu des frais funéraires malgré les stipulations dotales.
196. Examen de deux autres hypothèses prévues par les lois 30 et 29, § 1, *de Relig.*
197. L'action peut être intentée contre un collège funéraire.

187. — Notre loi 14, *De Religiosis*, dans son dernier paragraphe, dit que l'action funéraire sera valablement exercée

(1) L. 5 pr. D. de auctoritate et consensu tutorum ; l. 3 pr. D. commodati vel contrà.

contre tous ceux « *ad quos funus pertinet* ». Ce principe nous est connu : c'est à ceux à qui incombe le devoir de la sépulture qu'il appartient d'en supporter définitivement les frais (1).

Sans chercher à envisager les nombreuses hypothèses qui peuvent se présenter, bornons-nous à celles que nous offrent les textes, en complétant par là nos explications précédentes.

188. — 1° Sépulture d'un père de famille. — Ceux qui sont chargés des frais sont l'héritier civil, le possesseur de biens et autres successeurs : l'action funéraire sera donc donnée contre eux proportionnellement à ce que chacun recueille. Evidemment les légataires et fidéicommissaires n'en sont point passibles, car les dépenses funéraires ne les concernent point. Ils auraient plutôt à l'exercer, nous le savons, s'ils avaient à recouvrer des déboursés faits à l'occasion des funérailles du défunt (2).

189. — 2° Sépulture d'un fils de famille. — Le *filius familias* ne possédant rien par lui-même, la personne qui a avancé les frais de sa sépulture, aura contre son père l'action funéraire : elle réclamera le remboursement des dépenses qu'elle a cru bon de faire d'après la fortune et le rang de celui-ci (3).

Toutefois, si le fils de famille a un pécule *castrense*, et qu'il ait pris des dispositions testamentaires, ses successeurs seront, les premiers, soumis à l'action funéraire. Si ce pécule est insuffisant, le père, héritier légitime, sera actionné après eux (4).

(1) Paul. Sent. liv. I, tit. XXI, § 10.
(2) L. 14, § 17, D. de relig. ; l. 3, C. de relig.
(3) L. 21, id.
(4) L. 31, id. ; l. 2, de senatusc. maced. — A. Faber, Rationalia, ad l. 31 pr. de relig.

190. — 3° Sépulture d'un esclave. — L'action sera dirigée contre le maître. Celui qui a fait les funérailles d'un esclave de l'un ou l'autre sexe, dit la loi 31, § 1, D. *De Relig.*, a contre son maître l'action funéraire. Au cas où l'esclave aurait eu un pécule, il est évident qu'il n'y aurait pas lieu à l'action *de peculio*, car il n'y a point là une dette contractée de son vivant.

191. — 4° Sépulture d'un affranchi. — Le patron est tenu de l'action dans tous les cas, y compris celui où, ayant été omis dans le testament de l'affranchi, il a obtenu la possession de biens *contra tabulas*, et ainsi évincé l'héritier inscrit (1).

192. — 5° Sépulture d'une femme mariée. — Les frais des funérailles d'une femme morte durant le mariage sont supportés d'une part par ses héritiers du droit civil ou du droit prétorien, de l'autre par celui qui recueille la dot, savoir : le père si elle est profectice, le mari si elle est adventice, le tiers constituant si elle est réceptice. Supposons, par exemple, que la dot représente une valeur de cent et les biens paraphernaux une valeur de deux cents : le père, le tiers constituant ou le mari paieront un tiers, les héritiers les deux autres tiers des dépenses faites pour la sépulture, et l'action funéraire sera intentée suivant la même proportion.

Par application de ce principe, l'héritier qui aura fait enterrer la défunte sur un fonds dépendant de la succession aura action contre le mari qui doit contribuer à la dépense de la sépulture au prorata de ce qu'il conserve, afin de répéter de lui une partie du prix auquel aura été estimé le lieu de l'inhumation (2).

Les frais funéraires sont donc « *æs alienum dotis* », et nom-

(1) L. 15, D. de relig. ; l. 6, § 1, si pars hæredit.

(2) L. 46, § 1, de relig.

bre des textes de notre titre le déclarent expressément. Cela est si vrai qu'au cas où la femme décéderait sans laisser de succession personnelle, ils seraient entièrement payés sur la dot.

Quant à la contribution des héritiers, pour la calculer on estimera la succession telle qu'elle est, avec son actif et son passif : c'est-à-dire que l'on ne déduira point les valeurs que représentent les legs, les affranchissements et les dettes. Le système contraire serait trop onéreux pour le mari, qui se trouverait alors avoir une part plus forte à supporter (1).

193. — Le mari est donc tenu sur la dot, mais il n'est tenu que juqu'à concurrence de l'émolument dont il bénéficie. Or, il n'est censé recueillir que ce qu'il serait tenu de rendre à sa femme si elle l'actionnait elle-même en restitution (l. 27, § 2). Si donc il n'a plus la dot entre les mains, il n'est point passible de l'action funéraire. Il en sera ainsi, par exemple, lorsque le mari l'aura aliénée en tout ou en partie au cours du mariage, dans les hypothèses où la loi permet cette aliénation, et encore lorsqu'elle consistait en un usufruit qui s'éteint par la mort de la femme (2).

A plus forte raison, le mari n'aura-t-il rien à supporter s'il n'y a pas eu constitution de dot : les frais seront alors en entier à la charge des héritiers de la femme si elle est émancipée, de son père dans le cas contraire. Si toutefois elle n'a point d'héritiers et que son père soit insolvable, le mari *pro dignitate sud* sera actionné jusqu'à concurrence de ses ressources. Il n'est pas tenu personnellemert de la dette; mais

(1) L. 20, § 2; 22. 23. 24. 25. 26. 27. pr. 30 § 1, D. de relig.
(2) L. 78 pr. D. de jure dotium.

il serait honteux pour lui de laisser le cadavre de sa femme privé de sépulture par sa faute (1).

Lorsque le mari périt dans le même événement que la femme, on peut se demander s'il reste, en droit, propriétaire de la dot. La loi 32, § 1, déclare l'affirmative et permet d'intenter l'action funéraire pour les obsèques de la femme contre l'héritier du mari en proportion de la dot qui fait partie de la succession. On présume que la femme a péri la première à cause de la faiblesse de son sexe.

194. — Le premier mari d'une femme divorcée et remariée ne prend point part aux dépenses des funérailles de celle-ci, bien qu'il ait conservé la dot en vertu des conventions matrimoniales : il n'est point, par conséquent, soumis à notre action (2). La dot, en restant dans le patrimoine du mari après le mariage, a perdu son caractère ; du reste, une femme ne conserve les droits qui naissent de son mariage que jusqu'au jour où elle en contracte un second. La loi lui accorde seulement de ne pas déchoir de son rang, au cas où elle aurait épousé en secondes noces un homme de moins illustre naissance que son précédent mari ; mais ceci n'a trait en rien aux stipulations dotales (3).

195. — Signalons une hypothèse spéciale prévue par la loi 20 pr. de notre titre, dans laquelle le mari est soumis à l'action funéraire, contrairement aux conventions qui auraient pu in-

(1) L. 23, D. de relig.

(2) L. 29 pr. D. de relig.

(3) L. 12, D. de senatoribus.— A. Faber, ad l. 29 de relig. — On peut rapprocher le cas présent de celui où un affranchi devenu esclave d'un second maître serait de nouveau affranchi par celui-ci. Le second patron triompherait du premier dans la demande de possession de biens *contra tabulas*. (L. 22, D. de bonis libertorum.)

tervenir lors de la stipulation de dot. C'est un étranger qui l'a constituée ; il a stipulé qu'à la dissolution du mariage par la mort de la femme, les deux tiers lui reviendront, et que l'autre tiers appartiendra au mari. Il a déclaré en outre prendre entièrement à sa charge les frais de sépulture, sans que le mari ait à y contribuer. La femme vient à mourir. Si l'étranger fait réellement les funérailles, la convention susénoncée s'exécutera sans difficultés. Mais si c'est une autre personne, celle-ci ne sera point obligée de tenir compte d'une convention particulière qui ne peut prévaloir contre le droit général (1). Elle pourra donc actionner le mari en proportion du tiers qu'il recueille d'après la stipulation de dot, quitte à celui-ci de se faire rembourser ensuite par le constituant.

196. — Quelques mots sur deux autres hypothèses :

A. Le père a promis une dot qui doit rester la propriété du mari, mais ne l'a point encore versée au moment du décès de la femme. Le mari aura contre lui l'action *ex stipulatu* pour se la faire délivrer ; mais il devra lui tenir compte des déboursés faits à l'occasion des obsèques, puisqu'il y a là *æs alienum dotis*, soit que le père ait agi par lui-même, soit qu'une tierce personne s'en soit chargée et ait droit en conséquence à l'action funéraire contre ce dernier (l. 30, *De Relig.*).

B. A l'inverse, le père a constitué la dot avec stipulation qu'elle lui fera retour à la dissolution du mariage. Le mari ne l'a pas encore restituée, et un étranger fait les funérailles de la femme. Cet étranger, pour obtenir son remboursement, pourra exercer directement l'action en restitution qui appartient au père. Ce n'est qu'après le paiement intégral des frais

(1) L. 38, D. de pactis ; l. 1, § 9, D. de magistratib. convenient.

funéraires à cette personne que le père agira personnellement pour se faire restituer le reste (l. 29, § 1, *De Relig.*).

197. — En terminant sur cette matière, demandons-nous si l'action funéraire pouvait être exercée contre les collèges. L'hypothèse n'est prévue par aucun texte ; mais nous croyons fort équitable de faire ici l'application des principes généraux. L'action étant accordée contre tous ceux *ad quos funus pertinet*, si le collège qui doit se charger des obsèques n'a point versé le *funeraticium* établi d'après les règlements (1), il sera valablement poursuivi par la personne qui a fait les funérailles jusqu'à concurrence de l'acquittement de sa dette

ARTICLE III.

Du privilège des frais funéraires.

198. Il garantit toute action tendant au recouvrement des frais funéraires.
199. Il prime tous les autres privilèges.
200. Il prime aussi toutes les hypothèques tacites ou expresses. Distinction proposée. Controverse.
201. Il ne s'étend pas aux frais de dernière maladie. Controverse.

198. — La créance des frais funéraires est garantie par un privilège, ainsi que nous l'avons déjà indiqué. Ce privilège s'applique non seulement à l'action *funeraria*, mais à toute autre action qui aurait trait aux frais de sépulture, par exemple l'action *familiæ erciscundæ* ou l'action *mandati*, dans les circonstances que nous avons étudiées. Si même il y a eu novation de la créance, si elle a fait l'objet d'une stipulation, le privilège qui y est attaché demeure toujours : pour que le

(1) V. *suprà*, n° 128.

contraire ait lieu, il faudrait que la stipulation ait eu précisément pour but de le faire disparaître (1).

Une fois donc la *venditio bonorum* du défunt obtenue, le privilège s'exerçait ; mais dans quel ordre, s'il se trouvait en concours avec d'autres privilèges ou des hypothèques ?

199. — Les privilèges, en droit romain, différaient essentiellement des privilèges reconnus par la loi française. Loin de primer les hypothèques, ils ne passaient qu'après elles, quand bien même elles leur étaient postérieures en date, et ils ne comportaient aucun droit de suite. C'étaient de simples droits de préférence (*privilegia exigendi*) créés par des constitutions impériales, et déterminés soit par la nature de la créance, soit par considération de la personne du créancier (*privilegia causæ* et *privilegia personæ*). Dans la première catégorie, il faut comprendre, en outre de celui qui nous occupe, les privilèges attachés aux frais faits pour la reconstruction d'une maison, pour l'achat, la réparation ou l'armement d'un navire, ceux garantissant les créances qui proviennent d'un dépôt d'argent fait chez un banquier ou un changeur (2), etc. Dans la seconde, rangeons le privilège du fisc, celui du prince pour toutes ses créances, celui de la femme mariée pour la restitution de sa dot, ceux des pupilles et des mineurs, vis-à-vis de leurs tuteurs et curateurs, etc. (3). Nous n'avons point d'ailleurs à en donner l'énumération complète. Encore moins

(1) L. 47 pr. in fine, de reb. auct. jud. — Cujas, Comment. ll. 21, 23, 25, de Relig. : lib. XXVII Pauli ad edictum.

(2) Zimmernn, Traité des actions ou théorie de la procédure privée chez les Romains, § 83. Des créances privilégiées, 1843, t. V, p. 378. — H. Taudière, Des Argentarii, nº 71. (Th. doct.)

(3) Maynz, § 300, t. II, p. 608.

avons-nous à entrer dans les controverses inextricables qui peuvent être soulevées sur le point de déterminer leurs rangs respectifs, lorsqu'ils se trouvent en concours entre eux. Il est en effet hors de doute que celui qui assure le remboursement des frais funéraires prime tous les autres: cela résulte clairement de la loi 45, D. *de Relig.*, et est reconnu par tous les auteurs (1).

200. — Mais la question est plus délicate quand on se trouve en face d'une créance garantie par une hypothèque. Du principe que l'hypothèque prime le privilège, il faudrait logiquement conclure que le remboursement des frais funéraires ne s'opérerait qu'après celui de toutes les créances hypothécaires. Nombre d'auteurs admettent cette opinion (2).

D'autres distinguent suivant que les hypothèques sont expresses ou tacites, et estiment que ces dernières seules sont primées par le privilège qui nous occupe. Ils argumentent de ce que le privilège de la femme pour la restitution de sa dot serait préféré aux hypothèques tacites, mais non aux hypothèques expresses, et ils prétendent lui assimiler celui des frais funéraires. Remarquons d'abord que ce dernier existait même avant l'hypothèque tacite de la femme ; ajoutons, en outre, que si l'on examine la lettre et l'esprit de la loi 12 *assiduis*, au Code *qui potior in pignor.*, et la Novelle 97, on ne peut admettre que ce privilège prime seulement les hypothèques tacites. En l'établissant, Justinien lui a donné le pas sur toutes les créances hypothécaires quelconques. Si donc

(1) Muhlenbruch, Doctrina Pandectarum. Liv. II, de Juribus, ch. v, § 173, t. I, p. 341. — Maynz, loc. cit. et t. I, p. 905. — Zimmern, loc. cit.

(2) Noodt, liv. XI, tit. VII, p. 269.

on lui assimile le privilège des frais funéraires, celui-ci doit avoir au moins le même rang (1).

Mais nous allons plus loin, et nous croyons que notre privilège prime toutes autres créances, soit chirographaires, soit hypothécaires, expresses ou tacites. Il faut voir là une créance privilégiée par excellence (2), ne donnant pas lieu aux difficultés que présente le classement des privilèges et hypothèques (3). Les dettes pour frais de sépulture doivent être acquittées les premières de toutes, et les termes de la loi 45, D. *de Relig.*, le disent assez explicitement. « *Impensa funeris semper ex hereditate deducitur quæ etiam omne creditum solet præcedere, cum bona solvendo non sint.* » C'est également l'avis formel de Paul : « *Quidquid in funus erogatur, inter æs alienum primo loco deducitur* » (4). Il serait invraisemblable, en effet, qu'un colon ou fermier, par exemple, consentît à ce que s'il mourait insolvable, les objets apportés par lui dans la ferme servissent à désintéresser son créancier bailleur avant de procurer les frais de sa sépulture. Disons même, avec un auteur (5), qu'on devrait considérer comme contraire aux lois et aux mœurs toute convention opposée, même intervenue sur la foi du serment, comme serait celle où un débi-

(1) Cujas, Comment. liv. VIII, tit. XVII, C. l. ult : Op. t. IX, p. 1142. — Doneau, t. IX, p. 1107, n° 4.

(2) A. Faber, Rationalia, ad leg. 45, de relig. — Brunemann, liv. XI, tit. VII, t. I, p. 408. — Mackeldey, Manuel de droit romain, § 75 et suiv. — Schilling, Du gage et de l'hypothèque : traduction Pellat, § 17, 18. — Sevin, Privilèges et hypothèques : Revue critique, t. XVI, p. 493.

(3) Ces difficultés existent plus dans les détails que dans l'ensemble de la théorie romaine. — V. sur la question : Hureaux, De la transmission de la propriété par actes entre-vifs et des privilèges sur les immeubles : Revue pratique. Année 1873, tome XXXVI, p. 290.

(4) Paul. Sent. liv. I, tit. 21, § 15. — « Quicquid in sepultura defuncti expensum fuerit, prius quam aliis creditoribus de mortui hereditate reddendum est. » (Hænel, Lex romana Visigothorum, Leipzick, 1848.)

(5) A. Faber, loc. cit.

teur déclarerait à son créancier qu'en cas d'insolvabilité à sa mort, la créance serait payée avant les frais des funérailles. Il y a là un intérêt majeur qui domine : celui du respect pieux que l'on doit aux morts.

201. — Demandons-nous, à ce propos, si les frais de dernière maladie doivent être assimilés aux frais funéraires, et si le privilège dont jouissent ces derniers leur est applicable.

Le droit romain garde le silence à ce sujet ; mais on ne doit point étendre les privilèges par voie d'analogie. Certains auteurs (1) ont trouvé dans la loi 37, *de Relig.*, un motif de rapprocher les frais de dernière maladie des frais funéraires, à propos de l'expression « *unguenta* » ; mais il est hors de doute qu'on doit laisser à ce terme sa signification évidente et restreinte aux préparations servant à l'embaumement des cadavres. Ils invoquent aussi la loi 4, C. *de petit. hered.*, qui permet au possesseur vaincu dans la pétition d'hérédité de réclamer à la fois les frais de dernière maladie et les frais funéraires, sans distinguer entre eux Cette loi accorde bien en effet le droit au remboursement de ces frais; mais elle ne parle en aucune façon de la question du privilège.

D'autre part, la loi 14, § 6, déclare expressément que l'action funéraire ne s'applique qu'aux frais de sépulture : « *continet funeris causa tantum impensam, non etiam cæterorum sumptuum.* » Ce texte est trop formel pour être contrarié par la loi 3, C. *de Relig.*, qui semblerait confondre les frais funéraires et les frais de maladie. Celui donc qui aura fait ces derniers aura l'action de gestion d'affaires : c'est dans ce sens que la loi 3, C. nous semble devoir être interprétée (2).

(1) Voët, liv. XI, tit. VII.

(2) A. Faber, Rationalia, ad leg. 12, § 6, D. de relig. — Noodt, ad h. l

CHAPITRE X.

DE LA VIOLATION DE SÉPULTURE.

202. Protection assurée à la paix du tombeau.
203. Violation du cadavre et violation du sépulcre.

202. — Si tout Romain de l'antiquité était persuadé que le défaut de sépulture condamnait son âme à l'état de perpétuelle misère, s'il cherchait par tous les moyens que nous avons vus à éviter un tel sort, combien ne devait-il pas avoir en horreur ceux qui, poussés par un dessein coupable, tentaient de lui enlever le bienfait suprême de la paix du tombeau ! Quel châtiment est assez rigoureux pour leur faire expier un tel crime ? et surtout quelle pénalité assez forte pour que la crainte de s'y exposer parvienne à les éloigner ?

Là devait se porter tout l'effort des législateurs : nous verrons qu'ils n'y ont point manqué.

Lorsque disparurent les grossiers préjugés de la vie dans le tombeau, la haine des profanateurs ne s'éteignit point avec eux. Quelle que soit la croyance adoptée sur la destinée humaine après la tombe, que ce soit celle de l'anéantissement ou celle d'une seconde existence tout immatérielle dans le monde des âmes (1), le corps de l'homme et le lieu où il repose ne restent pas moins choses éminemment dignes de respect. Pour le Romain qui s'est affranchi de la religion primitive, le sépulcre garde néanmoins son caractère de « *locus religiosus* » ; et les lois, nous allons nous en rendre compte, le

(1) Fustel de Coulanges, Cité antique, liv. V, ch. I, p. 416.

garantissent aussi sévèrement que possible de la profanation.

Ces mesures de protection ne furent point ralenties lorsqu'au polythéisme succéda la religion appelée à transformer le monde : par les empereurs chrétiens, respect absolu allait être assuré à la demeure provisoire mais sacrée du cadavre qui doit ressusciter.

La gravité des peines infligées aux profanateurs chez tous les peuples est donc la conséquence de l'importance religieuse reconnue partout à la sépulture des corps, en même temps qu'elle en est la sauvegarde. En vain le Romain aurait gravé sur son tombeau l'inscription « *perpetuæ securitati* » qu'il y plaçait parfois (1) ; en vain l'aurait-il fait suivre d'avertissements ou d'imprécations (2) : tout eût été inutile si dans les lois un châtiment spécial n'avait menacé les coupables.

203. — Les observations qui vont suivre sur la violation de sépulture sont l'épilogue obligé de notre étude. Il faut à ce propos distinguer deux sortes de violation : celle du sépulcre proprement dit et celle des cadavres.

Quant à cette dernière, énonçons tout de suite, pour n'y plus revenir, les dispositions de la loi romaine qui la concernent. Ceux qui ont dépouillé un cadavre, ou l'ont enlevé injustement de son lieu de sépulture, sont punis tantôt de la peine de mort, tantôt de celle des mines, s'ils sont d'une condition vile ; de la relégation, s'ils sont *honestiores* (3). La peine capitale était toujours encourue si la violation avait eu lieu à main armée (4).

(1) Marquardi Freheri παρεργων seu verisimilium, liv. I, ch. 23 : Otton, t. I, p. 894.

(2) V. suprà, n° 139.

(3) Paul. Sent. tit. 21, § 4. — L. 11, D. de sepulc. violat.

(4) L. 3, § 7, D. de sepulc. viol.

En traitant de la violation du lieu religieux, nous nous demanderons successivement ce qui constitue le délit, quels moyens de droit furent employés à l'époque classique pour la réparation de l'injure qu'il fait naître, quelles pénalités furent édictées sous les empereurs chrétiens pour sa répression.

SECTION I.

Ce qui constitue le délit.

204. La sépulture de l'ennemi ne saurait être violée.
205. Causes générales de violation.
206. 1° Inhumation irrégulière.
207. 2° Profanation. Ses différents modes.

204. — Toute *justa sepultura* étant, par le fait de son caractère religieux, exposée à la violation, le droit à la protection légale lui est acquis. Il faut en conclure aussitôt que cette protection ne s'applique point à la sépulture des ennemis (1). Celle-ci en effet est « *injusta* » : par une conséquence du droit de la guerre, comme nous l'avons vu, elle devient profane, d'où il résulte qu'elle ne saurait être violée. On peut donc souiller le tombeau de l'ennemi, briser les colonnes, détacher les pierres, pour en faire ensuite l'usage qu'on voudra ou les vendre. L'action « *sepulcri violati* » ne s'exercera point, et l'impunité est assurée.

205. — Il serait difficile de donner une énumération limitative et complète des causes qui peuvent amener le crime que nous étudions.

S'agit-il des cadavres ? La violation sera produite par leur

(1) L. 4, D. de sepulc. violat.; l. 36, de relig.

mutilation (1), leur dépouillement par les voleurs (2), leur exhumation intempestive (3), le dispersement des cendres, etc., etc.

S'agit-il du sépulcre ? Ramenons les principales causes de violation aux deux idées générales d'inhumation irrégulière et de profanation.

206. — 1° Inhumation irrégulière. — C'est violer la sépulture que d'inhumer un mort dans un tombeau où il n'a pas le droit d'être déposé. Ainsi un héritier peut être tenu de l'action *sepulchri violati* s'il a inhumé une personne dans le sépulcre héréditaire, malgré la défense du testateur (4). Celui-ci en effet est libre d'interdire ou de permettre l'inhumation selon son bon ou mauvais gré. C'est encore violer la sépulture que de déposer un cadavre dans le sarcophage (5) qui en contient déjà un autre. Nous relevons ici, comme cause de violation de sépulture, la juxtaposition des corps dans le même cercueil, et non l'inhumation dans le même sépulcre, qui, nous le savons, peut être faite légitimement par toute personne y ayant droit (6).

207. — 2° Profanation. — Elle est produite de bien des manières. Citons notamment :

La démolition du sépulcre en tout ou en partie par le profanateur ou son esclave. Si les pierres ou colonnes détachées sont vendues, en outre du crime de violation de sépulture, il y aura nullité de la vente.

(1) Tacite, Annales, II, 69.
(2) L. 3, § 7, C. de relig., — Novelle 5, de sepulcris.
(3) L. 11, C. de relig. — Paul. Sent. tit. 21, § 4.
(4) L. 3, § 5, de sepulc. violat.
(5) « In solio » et non « in solo », suivant l'observation judicieuse de Schulting.
(6) Paul. tit. 21, § 8. — Suétone, Néron, 50.

L'effacement des inscriptions sépulcrales.

Le renversement ou le vol des statues qui ornent le tombeau. Dans le cas spécial où la statue posée sur le sépulcre n'a été que mutilée à coups de pierre, sans être jetée à bas, il n'y a pas lieu à l'action *sepulchri violati*, mais seulement à l'action d'injures (1).

La dissimulation, sous un amas de terre, des ruines d'un sépulcre. Le crime est encore plus grave que d'en détruire les ornements, car c'est faire disparaître une sépulture et en priver la postérité (2).

Le changement d'usage ou de destination (3). Ce qui est une fois devenu religieux ne peut plus cesser de l'être sans qu'il y ait « *sepulchrum violatum* », sauf dans les cas que nous avons déterminés.

L'extension donnée aux réparations du sépulcre au delà des points auxquels se restreignait l'autorisation des pontifes.

L'habitation du sépulcre. Le fait d'habiter le sépulcre n'entraîne profanation que s'il y a *dolus malus*. Il arrivait parfois que le testateur ordonnait à ses affranchis ou à ses esclaves de ne point s'éloigner de son tombeau : « *Quos libertos meos, ubi corpus meum positum fuerit, ibi eos morari jubeo, ut per absentiam filiarum mearum ad sarcophagum meum memoriam meam quotannis celebrent* » (4). Les esclaves pouvaient alors se construire un petit lieu de retraite (*domuncula*) adossé ou superposé au tombeau ; et des inscriptions en font mention (5). Pour ceux qui sans raisons plausibles ont

(1) L. 27, D. de injuriis. — Tussanus de la Rue, Amœnæ observationes juris, cap. VIII, op. cit.

(2) Code Théodosien, Constit. II.

(3) L. 12, § 1, D. de relig.

(4) L. 18, § ultim. D. de alim. et cib. leg.

(5) Gruter, 762, 5. Orelli, 408, 4368, 4369, 4371, 4374. Il y avait aussi les cons-

enfreint cette interdiction, nous verrons quelles pénalités leur sont réservées. — On rencontre, dans l'antiquité, des philosophes qui, pour vivre plus solitaires, ont habité les tombeaux, par exemple Démocrite (1). Point n'est besoin de dire qu'en agissant de la sorte, ils étaient loin de commettre le crime de violation de sépulture, non plus qu'en général tous ceux qui, pour un motif pieux, s'établissaient un abri près des sépulcres (2).

Ceux qui détruisent les monuments funéraires pour construire un édifice avec les matériaux en provenant, commettent un double crime, dit Constance : envers les morts, car ils troublent leur repos ; envers les vivants, car ils les *souillent*, en bâtissant avec de tels matériaux (3). Cette dernière idée est encore tout empreinte du souvenir des rites antiques ; il ne faut point s'étonner de la voir énoncée par un prince chrétien, mais se rappeler que la constitution s'adressait sous forme d'édit au peuple, dont une grande partie n'était pas encore convertie à la religion nouvelle. Du reste, ce souvenir des rites païens devait durer longtemps.

La destruction du tombeau avait parfois pour mobile la fabrication de la chaux avec les matériaux qui en provenaient : la constitution deuxième du Code Théodosien sur notre matière punit les démolisseurs, vendeurs et acheteurs qui poursuivent un tel but.

Elle punit également le juge qui aurait fait démolir un sé-

tructions secondaires, telles que les logements du concierge, des gens de service, du jardinier, etc. Elles ne faisaient point partie du tombeau proprement dit, et rien ne s'opposait à ce qu'elles fussent habitées.

(1) Scipionis Gentilis originum ad Pandectas lib. sing., v° Monumentum : Otton, t. IV, p. 1392.

(2) Godefroy, Code Théodosien, t. III, p. 155.

(3) Code Théodosien, Constit. IV.

pulcre pour bâtir un édifice public dans un motif d'intérêt soi-disant général ; les travaux publics sont exécutés au moyen de ressources spécialement désignées : les constitutions des empereurs sont unanimes dans ce sens (1).

Sans chercher à préciser davantage les différentes causes de violation de sépulture, venons à l'étude des actions qu'elle engendre. C'est le point important de nos observations.

SECTION II.

Moyens de droit employés à l'époque classique pour la réparation de l'injure.

208. L'intérêt public et l'intérêt privé sauvegardés par l'action *de sepulchro violato*.

208. — Posons en principe que, dans la réparation du crime de violation de sépulture, égale satisfaction doit être donnée à l'intérêt public et à l'intérêt privé. L'action populaire *de sepulchro violato* sauvegarde l'un et l'autre. La personne intéressée qui l'intente, tout en agissant pour son compte, concourt en quelque manière au rôle de l'État ; d'ailleurs, si elle n'agit pas elle-même, faculté est laissée à tout le monde d'intervenir, de telle sorte que la réparation du crime est assurée.

C'est un des caractères les plus remarquables de l'exercice de la plupart des actions populaires dans le dernier état du droit, que cette préférence accordée tout d'abord à l'initiative des parties plus particulièrement lésées. Ce n'est plus alors

(1) D. liv. L, tit. X, de Operis publicis. — Code Théodosien, ll. 2, 3, 4, 5.

la pure théorie des actions populaires sous sa première forme : sur ce point elles se rapprochent des actions privées, et, la distinction qui les sépare n'étant pas toujours très précise, il en résulte des difficultés que nous indiquerons.

L'action *de sepulchro violato* est du nombre de ces actions. Donnée en première ligne « *ad quem res pertinet* », elle ne devient populaire, au sens littéral du mot, que si personne ne se présente ayant intérêt à l'intenter. Pour mieux l'étudier, examinons-la successivement dans ces deux phases.

ARTICLE I.

L'action est d'abord donnée au principal intéressé.

§ I. — *Nature.*

209. Elle est prétorienne, pénale, bilatérale.
210. Conséquence.

209. — Entre les mains du principal intéressé, elle a la nature d'une action prétorienne pénale bilatérale. Bilatérale, disons-nous : c'est-à-dire qu'outre la réparation intégrale du dommage, le demandeur a le droit d'exiger une certaine somme à titre de peine. La partie lésée sera donc enrichie de cette somme, et le délinquant appauvri, à la différence des actions pénales unilatérales, où le demandeur n'a droit qu'à la réparation du préjudice subi, sans réaliser aucun enrichissement.

C'est une action prétorienne : la loi 3 pr. *de sepulchr. violat.* lui donne formellement pour origine l'édit du préteur, et nous ne pouvons, par suite, admettre l'opinion de M. Maynz, qui la range au nombre des actions civiles (1).

(1) Maynz, § 286, p. 543.

210. — La conséquence est qu'au point de vue de la durée, cette action partage le sort de la plupart des autres actions pénales prétoriennes, et est annale. Nous avons eu l'occasion déjà de critiquer ce vice de conception qui faisait limiter à un si bref délai pour les actions prétoriennes pénales la poursuite d'une dette née d'une lésion injuste. Au demeurant, la non-perpétuité de notre action tient encore à une autre cause : c'est qu'elle est du nombre de celles « *quæ meram vindictam spirant* », données pour défendre l'honneur plus que le patrimoine, et dont l'on tendait à restreindre l'exercice en en limitant la durée.

Ajoutons que, précisément en raison de cette nature, elle est intransmissible, à la différence des actions pénales ordinaires qui passent aux héritiers de la victime du délit.

Ainsi que toutes les actions prétoriennes directes, notre action a son *intentio in factum*.

§ II. — *Objet.*

211. Il est proportionné à la *vindicta*.
212. Il ne repose pas sur un intérêt pécuniaire.
213. Liberté d'appréciation laissée au juge. Minimum imposé.
214. Valeur juridique de la *mulcta sepulcralis*.

211. — Que comprenait cette *intentio* ? Autrement dit, quel est l'objet de l'action *sepulchri violati* ? Nous l'avons dit : c'est à la fois la réparation du dommage et l'attribution au demandeur d'une certaine somme à titre de peine (1). Mais sur quelle base calculera-t-on cette somme ? Le montant de la condamnation sera évalué à ce qui paraîtra juste, dit la

(1) L. 3 pr., l. 9, D. de sepulc. violat.

loi 3 pr. et § 8, *de Sepulchr. violat.* : « *Nihil aliud est quam æstimatio delicti* » (1). Le juge appréciera donc tout l'intérêt du demandeur, c'est-à-dire la gravité de l'outrage, le dommage causé au sépulcre, l'audace du profanateur, le profit qu'il a retiré de son crime (2) ; de même qu'en face du délit d'injure, pour déterminer la peine qui en résulte, il faut tenir compte du degré de cette injure et de la dignité de la personne en cause (3).

Au fond, la mesure de la peine sera proportionnée à la *vindicta* qu'est en droit de réclamer la personne lésée. Remarquons du reste, avec M. de Savigny, qu'il ne faut point donner à cette expression le sens ordinaire du mot *vengeance*. Entendons par là, dit-il, non point l'idée de satisfaction d'un ressentiment par le mal d'autrui, mais bien celle de réparation d'un droit violé en la personne du demandeur (4). C'est bien ce qu'expriment les textes quand ils disent que l'action « *ad ultionem pertinet* » (5) et que son objet consiste « *in sola vindicta* » (6).

212. — A la vérité, elle a bien plus pour but de faire valoir un intérêt moral que de réaliser un droit pécuniaire. S'il y a enrichissement pour le demandeur, ce n'est que comme conséquence de la peine ; et c'est ce qui fait qu'elle prend à juste titre sa place parmi les actions « *in bonum et æquum conceptæ* », dont le trait caractéristique est qu'elles ne

(1) Cujas, lib. XXVII. Pauli, ad Edict. Explic. l. 139, de reg. juris, Op. t. V, p. 381.

(2) L. 3, § 8, de sepulc. violat.

(3) Instit. de injuriis, § 7. — D. de injuriis, l. 30, § 1, 31.

(4) Savigny, Droit romain, ch. II, t. II, p. 121, § 73.

(5) L. 6. D. de sepulc. violat.

(6) L. 10, id.

reposent sur aucun intérêt pécuniaire (1). Il en résulte que la condamnation dans ces actions (qui ne doivent point être confondues avec les actions de bonne foi) (2) est appréciée par le juge avec une latitude exceptionnelle ; que jusqu'à la *litis contestatio* elles ne comptent point dans le patrimoine du demandeur et ne se transmettent point à ses héritiers. Ainsi en est-il pour notre action *de sepulchro violato* que la loi 10 de notre titre déclare expressément *in æquum et bonum concepta*.

213. — Plein pouvoir d'appréciation est donc laissé au juge dans l'arbitrage de la peine. Un minimum toutefois lui est imposé. Il ne pourra prononcer une condamnation inférieure à celle qui serait encourue si l'action était intentée par une personne non intéressée, c'est-à-dire un étranger exerçant l'action populaire (3), auquel cas la peine est fixée à un taux de 100 ou 200 *aurei*, suivant les hypothèses.

214. — Nous avons vu que c'était une habitude chère aux Romains, pour assurer le repos de leur dernière demeure, que d'inscrire sur les tombeaux des dispositions contre les profanateurs ; le plus souvent, elles consistaient en une amende (*mulcta sepulcralis*). Il est impossible de ne pas reconnaître à ces dispositions un effet juridique.

Quand elles n'étaient pas excessives, elles servaient presque toujours de mesure à la condamnation prononcée par le magistrat, au cas de violation du sépulcre. Sanctionnée par l'autorité du préteur, la volonté du mort devenait donc ainsi

(1) Accarias, § 869, t. II, p. 1134, note 1. — Lectius ad Macrum. De publicis judiciis, liv. I, l. 8, de sepulch. violat. : Otton, t. I.

(2) Accarias, id. — Cujas, Comment. Quæst. Papin., liv. VIII. Explic. l. 10, de sepulchr. violat.

(3) L. 3, § 8, de sepulchr. violat.

loi pénale, et point n'est besoin, pour légitimer ce fait, de recourir aux explications qu'ont fournies certains auteurs. Les uns ont voulu y voir une conséquence lointaine de la puissance du père de famille ; d'autres, un legs fait *nomine pœnæ ;* mais cela n'est pas possible, puisque l'amende est prononcée non seulement contre les héritiers et les légataires du défunt qui a bâti le sépulcre, mais contre tout profanateur éventuel quelconque.

Certains enfin ont prétendu qu'une loi ou un sénatus-consulte ont dû, à l'origine, autoriser l'usage général de cette amende ; mais ils ne donnent point de preuves sérieuses à l'appui de cette conjecture (1).

§ III. — *Quel est le principal intéressé?*

215. Le titulaire du *jus sepulchri.*
216. Effet de la *litis contestatio.*
217 L'exercice de l'action par l'héritier n'implique pas adition d'hérédité.
218. Le principal intéressé peut être une association.
219. L'action peut être exercée par un *capite minutus.*

125. — Le principal intéressé est évidemment le titulaire du *jus sepulchri ;* à son défaut seulement, l'action peut être exercée par tout le monde, et mérite alors sa qualification de *popularis.*

S'il y a plusieurs coïntéressés jouissant du *jus sepulchri,* l'action compète à tous, car tous ayant souffert de l'offense ont droit égal à la réparation. Ce droit n'est donc pas éteint par l'initiative d'un seul, et chacun pourra intenter l'action selon la mesure de son intérêt personnel à la *vindicta* (2).

126. — Au cas où l'intéressé n'aurait pas voulu ou aurait

(1) Orelli, 4279. — Mommsen, Staatsrecht, 2, 67.
(2) L. 3, § 9, de sepulch. violat.

négligé d'intenter l'action, ses droits seront maintenus jusqu'au moment de la *litis contestatio*, et primeront ceux de la personne qui aurait introduit l'action populaire (1). Cette action en effet, par la raison que le premier venu l'exerce valablement, ne compte dans le patrimoine de personne tant que la *litis contestatio* ne l'a pas fait sortir du domaine de tous pour l'approprier à un demandeur déterminé ; or la personne qui y a intérêt, si elle veut revenir sur sa première décision, doit être la préférée. Mais elle n'aura plus la faculté de se mettre en cause, une fois la *litis contestatio* intervenue ; celle-ci produit alors ses effets ordinaires et engage définitivement l'instance.

Cette règle ne fléchit même pas au cas où il n'aurait pas été possible jusque-là à la partie intéressée d'agir, par exemple dans l'hypothèse où elle aurait été absente pour le service de l'Etat (2). Remarquons, du reste, que l'objet de l'action étant un intérêt moral plutôt que pécuniaire, l'absent ainsi écarté n'a pas lieu de se plaindre de son éviction. La chose se passerait autrement, il est vrai, dans les hypothèses où, par suite de son absence, il a à souffrir un dommage obligé dans ces biens : c'est alors le cas de se rappeler la règle posée dans la loi 40 pr. D. *Ex quibus causis majores* : « *Si qua militi accusatio competat, tempore quo reipublicæ operam dedit, non perimitur* ». Ici, rien de semblable. Le principe fondamental de l'action domine toujours notre matière. Il ne saurait mieux être rendu que par cette expression de Cujas : « *Actio sepulchri violati est actio doloris contracta ex religione læsa potius quam actio damni dati* (3) ».

(1) L. 3, § 10, eod. tit.
(2) L. 6, eod. tit.
(3) Cujas, Comment. Dig. Salvii Juliani lib X. Explic. l. 6, sepulch. violat., t. VI, p. 49.

217. — Ce principe nous conduit à établir que, pour un héritier, intenter l'action, même à propos d'un sépulcre de famille, n'est point faire acte d'hérédité et n'engage en rien sa liberté d'accepter la succession ou d'y renoncer. Au cas même où ils y auraient définitivement renoncé, les enfants ne conserveraient pas moins le droit d'agir *ex sepulchro violato* (1). Pour la même raison, l'héritier nécessaire qui ne s'est pas encore immiscé dans la succession a le droit d'exercer l'action, sans avoir à craindre d'être empêché par les créanciers héréditaires (2). Ceux-ci assurément ont pour gage de leurs créances toute la succession, avec les actions qui en font partie ; mais l'action qui nous occupe n'est point une de celles qui peuvent faire subir une perte. L'héritier nécessaire, en l'exerçant, ne cause donc aucun préjudice aux créanciers. Il n'en retire aucun profit personnel, ne saisit ni ne réclame aucune part de la succession, et n'agit qu'en vertu de son seul titre d'héritier pour venger l'injure faite au défunt.

218. — L'action *sepulchri violati* pouvait parfaitement être exercée par le fisc, une cité, un collège de prêtres ou de vestales, un temple ou une association quelconque, si ceux-ci étaient en mesure d'invoquer la preuve que l'amende devrait leur être de préférence accordée ; cela dépend des dispositions prises par le défunt lorsqu'il s'est édifié son tombeau. La condamnation était naturellement prononcée au profit de l'association désignée par lui (3).

219. — Observons encore que notre action pourra être exercée même par un *capite minutus* : c'est une conséquence

(1) Savigny, loc. cit., p. 124.

(2) L. 10, de sepulch. violat. ; l. 20, § 5, D. de acquir. vel omitt. heredit. — Cujas, Comment. Quæst. Papin. liv. 8. Explic. l. 10, de sepulch. violat.

(3) Gruter, 861.13. — Orelli, 4431.

de son caractère d'action conçue *in æquum et bonum*. La règle générale contenue dans la loi 8, D. *De capite minutis*, soustrait toutes les actions de cette nature aux efforts de la *capitis deminutio*. Soit donc un défunt qui laisse un *suus* : si celui-ci s'abstient de la succession, puis se fait adroger, il conserve l'action. S'il ne se fût pas abstenu, le père adoptif serait devenu héritier par l'intermédiaire de l'adopté, et l'action lui appartiendrait. Dans cette curieuse hypothèse (1), la conservation de l'action au *suus* est donc la conséquence de sa *capitis deminutio*.

§ IV. — *Contre qui est donnée l'action.*

220. Délinquants de mauvaise foi, co-auteurs, complices.
221. En cas de violation commise par un esclave, l'action n'est pas donnée *noxaliter* contre le maître. Exception.
222. Pénalités contre l'esclave. Leur généralisation sous le Code Théodosien.
223. L'action est intransmissible activement et passivement. Cas d'un nouveau délit pendant l'instance.
224. L'action n'est infamante que lorsqu'elle devient populaire.

220. — L'action n'atteint que les seuls violateurs de mauvaise foi. Sont donc hors de cause ceux à qui aurait manqué l'intention délictueuse (2) ; il faut encore y ajouter les personnes qui par leur condition en sont incapables, telles que les impubères (3).

S'il y a plusieurs délinquants, l'action, comme toute action

(1) Savigny, loc. cit.

(2) L. 3, § 1, D. de sepulc. viol. — Sur ce texte il y a divergence de ponctuation chez les auteurs. Le Digeste porte : « Si igitur dolus absit, cessabit ejusdem personæ. Igitur doli non capaces..... » Pothier pense qu'il faut lire : « Si igitur dolus absit, *cessavit* (edictum). Ejusdem (edicti) personæ..... excusati sunt. » Cujas lit : « Cessabit ejusdem (c'est-à-dire ejusdem edicti pœna). Personæ igitur..... »

(3) L. 3, § 1, de sepulc. violat. ; l 2, § 19, de vi bonorum raptorum.

pénale, est dirigée contre chacun d'eux. La prestation peut être renouvelée autant de fois qu'il y a d'obligés, car tous doivent être punis ; payée par l'un, elle ne libère point les autres. Ce sera le rôle du juge, puisqu'il a pleine liberté d'évaluation, de la proportionner suivant la part prise au délit par chacun.

Aux co-auteurs de la violation il faut assimiler les complices, car la tendance des Romains paraît bien avoir été d'atteindre par l'action pénale tous ceux qui ont pris part au délit ou qui simplement en ont profité.

221. — Lorsqu'un acte délictueux a été commis par un esclave, nous savons que les actions pénales sont presque toujours données *noxaliter* contre le maître. Dans le cas présent, nous trouvons une exception à cette règle.

La loi 3, § 11, de notre titre s'occupe de la violation commise par un esclave qui aurait habité le sépulcre ou y aurait construit. Sera-t-il puni directement, ou bien donnera-t-on l'action noxale contre le maître ? Il faut distinguer suivant la gravité du délit.

Si l'esclave habite le sépulcre ou s'y construit une demeure, il sera poursuivi directement. S'il ne l'habite pas, ou s'il s'y est simplement édifié une *domuncula,* on donnera l'action noxale, pourvu toutefois que le juge y trouve un fondement, et reconnaisse par conséquent l'existence d'un délit. Sauf dans cette dernière circonstance, le maître n'est donc pas en cause. L'esclave est poursuivi directement par voie extraordinaire ; et ce qui a lieu pour l'hypothèse spéciale de l'habitation du tombeau, serait-il téméraire de le généraliser et de l'étendre aux autres cas de violation de sépulture ?

222. — A l'époque de Justinien, l'esclave coupable d'avoir

démoli un sépulcre était condamné aux mines s'il avait agi à l'insu de son maître, et, dans le cas contraire, à la déportation. De plus, on confisquait le lieu où se trouvaient déposés les débris, statues ou ornements, provenant de la démolition (1).

Le texte du Code Théodosien était plus général que celui du Code de Justinien, en ce sens qu'il ne restreignait pas l'application de la peine au seul esclave proprement dit. La loi commençait par les mots « *Si quis* », au lieu de « *Si servus* » que porte la rédaction du Code de Justinien. C'est Tribonien qui a limité l'hypothèse, et les commentateurs l'ont suivi. D'après Godefroy, l'expression « *si quis* » au Code Théodosien comprenait tous ceux qui se trouvaient dans une situation dépendante de l'autorité du maître, tels que l'*actor*, le *procurator*, le *conductor*, le *colonus*.

223. — De même que notre action est intransmissible activement, c'est-à-dire aux héritiers de la personne lésée, de même elle ne se transmet point passivement contre les héritiers du délinquant. C'est d'ailleurs une règle absolue que l'action pénale s'éteint par la mort de celui-ci, car lui seul a mérité la peine (2).

Si, pendant l'instance, le délinquant se rend coupable d'une nouvelle violation de sépulture, ce second délit n'entrera point en ligne de compte dans la condamnation. C'est là un des effets généraux de la *litis contestatio*. Du reste, quand bien même elle ne serait pas encore intervenue, il faudrait toujours appliquer le principe en matière délictueuse que « *nunquam crescit ex postfacto præteriti delicti æstimatio* » (3). On en-

(1) L. 2, C. de sepulc. violat.

(2) Instit. § 1, de perpetuis et temporalibus actionibus.

(3) L. 138, § 1, D. de regulis juris. — Cujas, liv. XXVII Pauli ad Edictum, Explic. l. 138, de reg. jur. Op. t. V, p. 381. — Cf. ll. 9, 28, 67, § 2, D. de furtis.

gagera une nouvelle instance, s'il y a lieu, pour la réparation du nouveau délit.

224. — Notre action, tant qu'elle est intentée par la personne intéressée, n'emporte point la note d'infamie. Elle ne prend ce caractère que lorsqu'elle devient populaire, suivant le sens que nous savons : jusque-là elle est toujours *in factum*; et c'est précisément un des signes spéciaux des actions de cette sorte de ne point être infamantes. Dans certains cas même, l'action *in factum* est employée pour éviter la note d'infamie s'attachant à l'action qui devrait normalement être exercée (1). Une fois populaire, on comprend que l'action *sepulchri violati* devienne infamante, car elle a trait à des *judicia publica* qui par nature sont *famosa* (2).

ARTICLE II.

A défaut de la personne directement intéressée, l'action est ouverte à tout le monde.

225. Action populaire. Son taux. Elle est épuisée par une seule poursuite.
226. Des *judicia publica*. Première phase des actions populaires.
227. Seconde phase.
228. A laquelle se rapporte l'action *sepulchri violati*.
229. Conditions requises pour exercer cette action.
230. Elle est annale et intransmissible activement et passivement.

225. — C'est alors qu'elle prend rang parmi les actions populaires. Chaque citoyen peut l'introduire au nom de l'ordre public, et agit en quelque sorte comme représentant

(1) L. 11, D. de dolo malo. — L. 1, § 43, D. de vi et de vi armata. — L. 1, C. de jure dotium. — L. 2, C. rerum amotarum.

(2) Accarias, § 976, p. 1375, note 1. — L. 7, D. de publicis judiciis. — L. 1 Julia peculatus. — L. 5 Julia de vi publica. — L. 8, de sepulch. violat. — Cujas, Comment. liv. XXVII Pauli ad Edictum. Explic. l. 4, de sepulch. violat.

de l'Etat, mais sans avoir à fournir la caution exigée d'un procureur ordinaire (1).

Le taux de la condamnation n'est plus laissé à l'arbitrage du juge; il est fixé par l'édit à 100 *aurei*, et exceptionnellement au double de cette somme lorsque la violation résulte de l'habitation du sépulcre (2).

Si, pour exercer l'action, plusieurs personnes se présentent dont aucune n'est directement intéressée, le magistrat aura à choisir celle qui lui offrira le plus de garanties d'aptitudes (3). Mais, une fois que celle-ci aura exercé la poursuite, l'action sera épuisée. Nous avons vu qu'il en est autrement lorsqu'il y a plusieurs intéressés : chacun alors a un droit né à la réparation. Ici le demandeur n'agissant qu'au nom de la société outragée, le droit est éteint, une fois l'injure vengée ; et si une nouvelle instance était engagée à raison du fait délictueux déjà jugé, elle serait repoussée par l'exception *rei judicatæ* (4).

226. — En déclarant infamante l'action populaire *de sepulchro violato* (5), nous avons dit qu'elle dérivait d'un *judicium publicum*. Qu'est-ce à dire ? Et quelles sont les conséquences de cette origine ? Un rapide aperçu historique est ici nécessaire.

Dans l'étude de la législation romaine, le droit pénal est une des matières les plus difficiles à préciser, les idées sur la nature des crimes et leur répression s'étant formées avec les différents régimes politiques et ayant suivi les vicissitudes de

(1) L. 56, § 3, D. de fidejussoribus. — Savigny, Droit romain, ch. II, § 73. Actions populaires, t. II, p. 132.

(2) L. 3, pr. de sepulc. violat.

(3) L. 2, D. de popularibus actionibus.

(4) L. 3, pr. de pop. act.

(5) L. 1, de sepulc. viol.

leur organisation. Sans nous demander si à l'origine les rois s'étaient occupés de cette question (1), disons que la loi des XII Tables punissait différentes sortes de méfaits qu'elle énumérait : ils étaient déférés aux comices par centuries (*comitiatus maximus*), assemblée du peuple qui faisait les lois et en même temps les appliquait, d'où le nom de *judicia* et *crimina publica*. Cette appellation fut conservée aux crimes et jugements dont la connaissance fut plus tard attribuée aux comices des tribus qui ne prononçaient que des peines pécuniaires, et aux tribunaux permanents (*quæstiones perpetuæ*). Ceux-ci devinrent assez nombreux pour absorber en grande partie les *judicia publica* : devant leur juridiction, la poursuite appartient à tout citoyen, contrairement à ce qui se passait dans les comices, où l'accusation ne pouvait être portée que par un magistrat. Pendant longtemps, furent seuls reconnus *crimina publica* ceux qu'énumérait la loi des XII Tables; mais quand les *quæstiones perpetuæ* eurent pris un caractère plus exclusivement pénal, la liste des délits fut longuement accrue, et chaque tribunal spécial avait sa compétence distincte. Les peines édictées le plus fréquemment consistaient en amendes : la peine de mort, en effet, était devenue de plus en plus rare sous la République ; elle était remplacée par les dégradations civiques, dont nous n'avons point à parler ; et il faut se souvenir qu'aucun châtiment corporel ne pouvait atteindre un citoyen romain.

Une époque vint donc où les amendes furent à peu près les seules peines prononcées par les trois autorités judiciaires (centuries, tribus, *quæstiones perpetuæ*). La fixation en était arbitraire ou légale, suivant qu'une loi ordonnait ou non la pour-

(1) Maynz, t. II, § 267.

suite en déterminant le taux de la condamnation. C'étaient toujours des *judicia publica*, mis en œuvre par une action criminelle. Peu à peu, on vint à créer, pour des délits de diverse importance, les amendes qui se réclamaient par action civile devant des juges appelés *recuperatores*, et dont la poursuite pouvait être exercée soit par un magistrat désigné à cet effet, soit par un magistrat quelconque, soit même par tout citoyen. C'est là l'origine des actions populaires *stricto sensu*.

Le montant de la condamnation profitait habituellement au fisc ; dans certains cas, il était attribué, en partie au moins, à la personne qui avait pris en main la poursuite.

Ces actions publiques, ayant toujours leur base dans un *judicium publicum*, furent d'abord assez fréquentes aux derniers temps de la République et au commencement de l'Empire. Dans la suite, elles devinrent de plus en plus rares, et Justinien n'en a conservé que deux exemples : l'action *de termino moto* , et l'action de l'édit *de tabulis exhibendis :* la première attribuant toute l'amende au Trésor, la seconde la partageant avec celui qui a exercé la poursuite (1).

227. — Le système qui domine alors est celui des actions populaires improprement dites, telles que nous apparaît notre action *sepulchri violati*. Elles ne ressemblent à la véritable action publique qu'en ce qu'elles sont accordées à tout le monde : elles ont bien toujours pour fondement un « *judicium publicum* », et pour cette cause emportent infamie, mais elles ne sont en réalité que des actions privées quant à leur procédure, et quant à leur résultat, qui est de faire prononcer la condamnation au profit du demandeur. Les poursuites dont nous parlons plus haut, au contraire, avaient un caractère

(1) L. 3 pr. D. de termino moto. — L. 25, § 2, D. de S.-C. Siliano.

absolument public, en ce sens que le demandeur agissait *procuratorio nomine* pour l'Etat ou la communauté, et leur faisait acquérir directement le montant de l'amende.

228. — Il serait téméraire de chercher à préciser l'époque où prévalut ce nouvel aspect de l'action populaire. Bien souvent, du reste, la distinction entre la procédure publique et la procédure privée ne se trouve indiquée que d'une manière indirecte, ce qui donne à la matière qui nous occupe les apparences d'un tout très complexe. On est donc bien en droit de se demander dans quelle catégorie ranger notre action *sepulchri violati*. Faut-il lui appliquer la théorie des actions populaires pures, telles qu'elles apparaissent à l'origine, théorie qu'aucun texte n'est venu formellent abroger? Doit-on plutôt la compter au nombre des actions populaires improprement dites, telles qu'elles furent postérieurement envisagées?

Voët semble se prononcer pour la première opinion (1). Disons, pour être complet, que cette opinion peut se prévaloir d'un argument historique qui a sa valeur. Au nombre des perceptions qui entraient dans la caisse des pontifes, étaient comprises les amendes touchant les tombeaux (2). Ce fait prouverait bien que l'amende n'était point attribuée au demandeur.

Néanmoins, pour juger la question, il nous paraît plus sage d'invoquer une raison juridique. La loi 12 pr. *de verborum signific.* déclare que dans une action populaire, après la *litis contestatio*, le demandeur deviendra créancier; il en

(1) Voët, liv. XLVII, tit. 12.

(2) Cette caisse recevait en outre : 1° le *sacramentum*, ou amende perçue en cas de procès; 2° l'héritage de la vestale morte sans testament; 3° l'amende infligée à un prêtre par le grand pontife. (Mispoulet, Institutions politiques des Romains, ch. XX, § 122, t. II, p. 395.)

résulte nécessairement que le montant de la condamnation lui sera dévolu. Nous croyons qu'on doit donner à ce texte une portée générale, et que par conséquent, sauf exception, la *condemnatio* doit toujours être attribuée au demandeur. Or, dans la législation de Justinien, nous ne trouvons d'exception en cette matière qu'à propos des deux actions déjà citées: les actions *de termino moto*, et *de tabulis exhibendis*. Celles-ci doivent donc être regardées comme seules de leur espèce, et comme les derniers vestiges d'une procédure tombée en désuétude. Il suit de là que notre action *sepulchri violati* prend sa place parmi les actions populaires, telles qu'elles se présentent dans le dernier état du droit, et qu'elle en suit toutes les règles.

229. — L'action populaire n'appartenant spécialement à personne, il en résulte que chacun peut l'exercer sous la seule condition d'être capable de postuler en justice. Il faut la refuser à toute personne qui n'est pas *integra* (1), par exemple à celle qui aurait encouru la note d'infamie (2). Pour cette raison encore, la femme et le pupille en sont privés (3); cependant cette règle ne s'entend que dans le cas où la femme et le pupille n'auraient pas un intérêt personnel à agir, car ce n'est que sous cette condition qu'il est vrai de dire que l'action ne compte pas dans les biens du demandeur.

Aucune action populaire ne peut être intentée par procureur (4). Il faut encore faire fléchir ce principe lorsqu'il y a un intéressé: dans ce cas, en effet, la loi 42, D. *de procuratoribus*, établit spécialement pour notre action *sepulchri violati*, l'exception dont nous parlons.

(1) L. 4, D. de popul. action.
(2) L. 8, de accusationibus; l. 7 pr. ad leg Jul. Majestat.
(3) L. 6, de pop. action.
(4) L. 5, id.

230. — L'action populaire ne passe aux héritiers ni activement ni passivement (1). C'est la règle pour toutes les actions populaires : elle est d'autant plus stricte pour notre action *sepulchri violati* que celle-ci, nous le savons, est du nombre des actions qui « *vindictam spirant* », et qui, pour cette raison, sont intransmissibles.

Ajoutons enfin que l'action populaire s'éteint par le bref délai d'un an (2). Nous avons vu que lorsqu'elle est exercée par l'intéressé, elle est également annale, en raison de sa nature d'action pénale prétorienne.

SECTION III.

Pénalités sous les Empereurs chrétiens.

231. Aggravation du système de répression.
232. La dénonciation du crime.
233. Juridiction compétente.
234. Diverses constitutions des empereurs au Code Théodosien.
235. Novelle 5e de Valentinien III.
236. La législation de Justinien.
237. Conclusion.

231.— Nous venons d'exposer le mécanisme de la répression du délit de violation de sépulture tel qu'il était en vigueur sous la période classique. Il devait nécessairement être modifié suivant les transformations successives de la procédure sous les empereurs. Le système pénal devint bientôt très sévère. Nous n'avons point à montrer comment cette sévérité ne fit que suivre une marche ascendante avec le Christianisme ; remarquons seulement qu'il était naturel que celui-ci punît

(1) L. 7 pr. ; l. 8, de pop. act.
(2) L. 8, id.

d'une manière spéciale un crime qui intéressait de si près un de ses principaux dogmes. Dans ce rapide aperçu, nous constaterons, en même temps que l'accroissement des peines corporelles, la tendance fiscale qui dès la fin de la période classique fut un des caractères particuliers de la législation pénale romaine (1). Nous n'aurons plus, du reste, à distinguer la violation du sépulcre de la violation du cadavre : ces deux crimes sont, la plupart du temps, assimilés et soumis aux mêmes peines.

232. — L'accusation publique, si pratiquée alors, avait eu en quelque sorte sa première origine dans les actions populaires. Déjà cependant, sous la République, on avait accordé, dans certains cas, des récompenses aux citoyens qui se portaient accusateurs, ou même simples dénonciateurs (2) (*indices*). Sous l'Empire, l'accusation devint un métier, quelquefois entravé, le plus souvent encouragé, jusqu'à ce qu'on aboutît à faire de la délation une fonction publique.

Le crime de violation de sépulture pouvait donc être dénoncé par trois voies différentes, ainsi que le remarque la constitution 4e sur notre matière au Code Théodosien, reproduite dans la loi 4 au Code de Justinien :

1° Par ceux qui y ont intérêt, en première ligne ;

2° Par toute personne, puisque l'accusation est ouverte à tous ;

3° Par les *officiales*, agents secrets et confidentiels de l'administration centrale (3). « *Sive quis ad officium nuntiaverit* », dit la loi.

(1) Maynz, t. I, p. 263.
(2) Id.
(3) Serrigny, Droit public romain, t. I, n° 87.

233. — Nous avons vu comment la compétence, en cette matière longtemps au pouvoir des pontifes, fut partagée entre eux et le préfet de la ville à Rome, et attribuée aux présidents dans les provinces. Constance, dans la 2e Constit. au Code Théodosien, rappelle et maintient ces dispositions.. On pourrait peut-être s'étonner de ce que lui, prince chrétien, laissât aux pontifes du culte de l'ancienne Rome la connaissance de ces questions. Sans nul doute, il s'agit là des sépultures païennes. Le Christianisme, dans sa lutte contre les rites anciens, avait encore à compter avec leurs représentants. Du reste, la juridiction, partagée avec le préfet de la ville, n'appartenait pas en entier aux pontifes : c'était une garantie. Il n'est pas téméraire de supposer que, par une juste réciprocité, lorsqu'il s'agissait des sépultures chrétiennes, l'autorité ecclésiastique était compétente, sinon seule, du moins en concours avec le *præfectus urbis* (1). Cassiodore nous apprend que, de son temps, la connaissance de ces matières était du ressort du *comes rerum privatarum,* fonctionnaire de l'Empire, de la classe des *Illustres,* administrateur du trésor de la couronne (2).

234. — La peine de mort était habituellement la sanction du crime de violation de sépulture. Elle fut supprimée, mais pour un temps seulement, par Constance, dans la 2e constitution de notre titre au Code Théodosien (année 349 après Jésus-Christ). Le profanateur était alors puni d'une peine pécuniaire d'une livre d'or (3). La même constitution prononçait une amende de deux livres d'or contre celui qui avait dissimulé sous un amas de terre les ruines d'un sépulcre. Le

(1) Godefroy, Code Théod., de sepulc. violat.

(2) Cassiodore Variar. lib. VI, epist. 8. Op. cit. t. I, p. 191.

(3) Même peine prononcée par le 4e Concile de Tolède, can. 46, édit. Harduin, t. III, p. 588.

crime est alors plus grave, car c'est tenter de faire disparaître à tout jamais le lieu de sépulture ; en conséquence, la peine ordinaire était portée au double. Constance éleva ensuite le taux de l'amende à un minimum de 20 livres, et édicta la même peine contre les juges qui n'auraient pas fait application de la loi. Cette dernière disposition se retrouve seule au Code de Justinien (1).

Dans une constitution postérieure (356), Constance rétablit les anciennes pénalités et fait revivre les textes qui les consacrent. Paul distinguait, nous le savons, suivant l'espèce du crime et la qualité du coupable. S'agissait-il de la violation du sépulcre : c'était pour les *honestiores* la relégation, pour les *humiliores* la condamnation aux mines. S'agissait-il de la violation des cadavres : les *honestiores* étaient punis de la déportation, les *humiliores* de la peine capitale (2).

La constitution suivante (357) confirme le rétablissement de la peine de mort opéré par la précédente ; elle y adjoint une peine pécuniaire de dix livres d'or. Cette amende est de moitié moins forte que celle qui avait été établie par la constitution 2e au Code Théodosien. Or, nous savons que celle-ci remplaçait toutes les anciennes pénalités alors abrogées : du moment qu'elles revivaient, il était juste que la nouvelle amende fût moins forte. Les Basiliques (3) et Cujas (4) rétablissent donc à tort l'ancienne peine de 20 livres d'or.

Julien l'Apostat, dans un édit au peuple d'Antioche, rendu contre les chrétiens (363), punit d'une peine qu'il n'indique pas, ceux qui détourneraient les pierres et ornements des

(1) L. 3, C. de sepulc. violat.

(2) Paul. Sent. liv. I, tit. 21, § 4 et 5. — L. 3, § 7 ; l. 11, D. de sepulchr. violat.

(3) Basiliques, liv. 60, tit. 23, ch. 14.

(4) Cujas, Explic. l. 4, C. de sepulchr. violat.

sépultures païennes. En transcrivant au Code la première partie de cet édit, Tribonien estime que cette peine était la même que celle qui punissait le sacrilège (1).

235. — Enfin un des documents les plus importants sur la matière est la Novelle 5 de Valentinien III contre les violateurs de sépulture.

Il rappelle les anciennes pénalités peu à peu tombées en désuétude ; il constate l'accroissement des crimes de ce genre, particulièrement chez les clercs, qui ne craignent point de porter ensuite à l'autel des mains souillées. Il veut une répression sévère, et édicte les peines suivantes :

1° Pour les esclaves et les colons, la peine capitale; si, dans le supplice, ils accusent leurs maîtres sans être interrogés à ce sujet, ils n'en subiront pas moins leurs peines.

2° Pour les ingénus, s'ils sont plébéiens ou de basse extraction, la mort ; s'ils sont d'un rang plus élevé, la note d'infamie, et la confiscation de la moitié de leurs biens.

3° Les clercs coupables doivent être spécialement punis. On leur enlève le nom et le caractère sacré, sans exception, et on les condamne à la déportation perpétuelle.

S'il est impossible de se saisir du criminel, on doit aussitôt en référer à l'autorité impériale, pour qu'il soit avisé aux moyens de donner prompte satisfaction à la justice.

Recommandation est faite aux présidents des provinces de ne rien négliger pour poursuivre les crimes : faute de quoi, ils seront déchus de leur rang et de leurs fonctions.

236. — Justinien, dans son Code, ne transcrivit point *in extenso* chacune de ces dispositions transitoires. Il retint pour les profanateurs des cadavres la peine capitale s'ils sont *humi-*

(1) L. 5, C. de sepulchr. violat.

liores, et la déportation s'ils sont *honestiores* : s'il y a eu seulement violation du sépulcre, les premiers sont condamnés aux mines, les seconds à la relégation. Quant à la peine pécuniaire, elle demeure fixée à 10 livres contre les profanateurs des tombeaux, et à 20 livres contre les juges qui n'ont pas poursuivi le crime.

Dans une de ses Novelles (1), l'empereur Léon apporta un certain adoucissement à ces rigueurs. Il condamne aux verges celui qui commet le crime pour la première fois, mais, au cas de récidive, maintient l'ancienne pénalité.

237. — La répression sévère du crime se poursuivit sous tout le Bas-Empire. Il serait intéressant de l'étudier chez les différents peuples vivant ou s'inspirant encore de la vie juridique de Rome. Nous la retrouverions chez les Visigoths, les Ostrogoths, les Saxons, les Lombards, etc., se décomposant toujours en peine pécuniaire et en peine corporelle qui, la plupart du temps, est celle du dernier supplice (2).

(1) Léon. Nov. XCVI.

(2) Les Barbares, en effet, n'avaient pas sur le respect dû aux morts des idées moins rigides que les Romains. Toutes leurs lois contiennent quelque disposition prononçant des peines rigoureuses contre les violateurs de sépultures.

La *lex Visigothorum* (liv. XI, tit. 2, *de inquietudine sepulch.*) distingue suivant que l'auteur du crime est libre ou esclave. Au premier cas il devra payer aux héritiers du mort ou, à leur défaut, au fisc, une livre d'or ; il restituera ce qu'il a pris, et en outre recevra cent coups de verges. Si c'est un esclave, on le livrera aux flammes après lui avoir donné deux cents coups de verges. — La loi est un peu moins sévère dans un cas où le motif qui a conduit le coupable n'est pas le lucre ou une pensée de basse vengeance, et à ce point de vue apparaît un trait curieux des mœurs du temps. Pour se préserver de certains maux, on portait sur soi un ossement de mort ou quelque objet ayant appartenu à un défunt. Celui qui dans ce but aura touché à une tombe devra payer 12 *solidi* aux héritiers. L'esclave recevra, dans le cas où il aura agi spontanément, cent coups de verges et devra tout remettre en bon état. Mais s'il n'a fait qu'exécuter l'ordre de son maître, celui-ci sera seul responsable et paiera l'amende.

(Canciani, Barbarorum leges antiquæ. Venise, 1789, t. IV, p. 181.)

Suivant la *loi Salique*, celui qui dépouillait un mort, avant qu'il ne fût mis

Par les faits historiques, il serait donc aisé de démontrer l'importance souveraine attachée à la paix du tombeau par tout peuple soucieux de la dignité humaine. Ainsi se trouve justifié, plus encore peut-être sous l'empire des lois chrétiennes que sous la législation du paganisme, le mot de Tacite qui nous semble résumer cette imparfaite étude : « *Grave crimen læsarum religionum* ».

en terre, était condamné à une amende de 4000 deniers ou 100 *solidi*. La somme était doublée lorsque le crime avait été commis après l'inhumation. La famille du mort pouvait en outre exiger du juge qu'il interdît au coupable la vie au milieu des hommes de sa race et qu'il frappât d'une amende de 600 deniers ou 50 *solidi* celui qui lui donnerait l'hospitalité. La personne qui plaçait un homme mort dans le sarcophage et la fosse d'un autre devait payer 2500 deniers.

(Pardessus, Loi Salique, tit. XVII, 5e texte. Paris, 1843.)

Chez les *Ostrogoths* (Edicta regum Ostrogothorum, n° 110), la peine prononcée était la mort.

(Canciani, op. cit. t. I, p. 11.)

Quant aux *Lombards* (Rotharis leges, nos 15 et 16), ils obligeaient à payer 900 *solidi* aux parents du défunt ou, à défaut de ceux-ci, au Roi. Le *Gastaldius* et le *Sculdarius* étaient chargés de poursuivre au nom de ce dernier. Lorsque le coupable, au lieu d'ouvrir la tombe pour en arracher le cadavre, l'avait trouvé dans un cours d'eau ou gisant en plein air et l'avait dépouillé, la composition était réduite à 80 *solidi*. (Id. t. I. p. 65.)

Les *Capitulaires de Charlemagne* punissaient celui qui avait violé le sépulcre, que ce fût un ingénu ou un esclave. Si le coupable était un personnage considérable, il perdait la moitié de ses biens et était noté d'infamie. Si c'était un clerc, on le déposait et on le condamnait à l'exil perpétuel. En outre, le droit d'accuser appartenait à tous, et le juge qui n'avait pas sévi était privé de sa charge. (Id. t. III, p. 325.)

Les institutions du *Royaume de Sicile* (liv. III, titre 60) ajoutent aux antiques pénalités celle de la mutilation de la main. (Id. t. I, p. 374.)

Quant au *droit canonique*, il frappait d'excommunication majeure tous les violateurs de sépulture. Cela résulte notamment de l'Extravagante de Boniface VIII, « detestandæ feritatis de sepult. » (Corpus juris canonici. Extravag. Commun. Lib. III, t. VI.)

DROIT FRANÇAIS

La législation française sur les lieux de sépulture ne marque point ceux-ci du caract ère essentiellement privé qui leur était propre en droit romain. Déjà affaibli au temps des empereurs, ce caractère disparut avec le Christianisme. Le choix de la sépulture n'est plus abandonné au libre arbitre du citoyen : les inhumations se groupent autour des restes des martyrs comme elles s'étaient réunies dans les catacombes pendant le temps des persécutions ; le cimetière s'établit avec sa pensée consolante d'union après la mort entre les frères d'une même religion. Ce nouvel ordre de choses nécessita forcément l'intervention directe de deux agents qui devaient avoir leur influence respective, la puissance ecclésiastique et le pouvoir civil : la première déterminant les règles canoniques à suivre dans une matière qui par tant de côtés se rattache à l'ordre spirituel ; le second assurant, par son contrôle et ses règlements, l'intérêt général de police et de salubrité qui se trouve en jeu.

Il serait intéressant de rechercher comment, avec l'alliance sincère de ces deux agents, le régime des inhumations fut pratiqué dans l'ancien droit. Malgré la lumière qui rejaillirait utilement de cette étude sur celle de la législation actuelle,

j'entre de suite dans la discussion des lois qui nous régissent ; et, obligé de limiter ma tâche, je ne parlerai même pas de la période révolutionnaire. Dès lors il n'y a plus qu'à s'occuper des règles qui sont le domaine désormais exclusif de l'autorité civile. Qu'il soit permis au moins de remarquer que la puissance ecclésiastique se trouve le plus souvent écartée par les dispositions ou le silence des textes, de questions où elle devrait être appelée à remplir un rôle important, et de constater là un regrettable effet de la distinction absolue entre les deux pouvoirs.

La division de ce travail se trouve indiquée par la logique. Il est naturel en effet qu'avant d'aborder l'étude du régime des inhumations, je donne place à celle des funérailles et des importantes questions qui y sont relatives. Quoique séparées, ces deux parties ne sont pourtant pas indépendantes, et il arrivera bien parfois qu'en traitant de la première, je sois amené à supposer connues des notions plus approfondies dans la seconde. C'est le sort de toute œuvre qui tend à l'unité.

La plupart des documents seront fournis par les nombreuses décisions judiciaires qui ont trait à la matière. Je voudrais que mes efforts pussent en dégager un ensemble doctrinal.

PREMIÈRE PARTIE

DES FUNÉRAILLES

CHAPITRE I.

DE LA RÉGLEMENTATION DES FUNÉRAILLES.

1. Principe fondamental : respect de la volonté du mourant.
2. Difficultés d'application.
3. Leurs causes.
4. Loi en préparation sur la liberté des funérailles.
5. Division raisonnée de ce chapitre.
6. Observation préalable.

1. — Chacun a le droit de disposer de sa dépouille mortelle et de réglementer ses funérailles. Voilà le principe universellement reconnu. Il était reçu en droit romain. Dans notre législation actuelle, nous le lisons en tête de toutes les dissertations, dans les motifs de tous les arrêts qui se sont occupés de la matière. « Attendu, dit un jugement du tribunal de Lyon, qu'en règle générale il appartient aux héritiers naturels ou testamentaires qui continuent la personne du défunt, de régler ce qui touche à sa sépulture, mais que cette règle reçoit plusieurs exceptions : d'abord lorsque le *de cujus* a exprimé sa volonté, c'est elle qui avant tout doit être accom-

plie... » (1). On a cité le mot de Troplong : « La volonté de l'homme, quand elle a été idéalisée par la mort, est une des grandes puissances morales de ce monde » (2). Et un auteur, commentant cette maxime de l'éminent jurisconsulte, ajoute : « Ce sentiment respectueux est, en quelque sorte, inné dans nos cœurs. Voilà pourquoi il est général, pourquoi il s'est fait jour dans tous les temps, dans tous les lieux. Partout et toujours on a considéré comme un rigoureux devoir de se conformer aux désirs légitimes des mourants. Les traditions sur ce point sont unanimes » (3).

C'est ce même principe qui est énoncé dans l'article 3 d'un projet de loi soumis actuellement au Parlement, et dont nous aurons fréquemment occasion de parler au cours de ce chapitre.

2. — Et cependant, si la règle est admise en thèse générale, ses applications immédiates font naître des difficultés considérables, difficultés qui se sont accrues depuis quelque temps d'une manière exceptionnelle.

Les litiges sont des plus variés. Il n'est pas impossible toutefois d'établir entre eux une sorte de classement.

Les uns ont porté sur la question de savoir sous quelle forme la volonté du défunt devait se manifester.

D'autres, en considérant cette forme correcte en apparence, l'ont trouvée néanmoins obscure quant au fond.

Quelques-uns ont eu pour objet le point de décider si la volonté de la famille n'est pas, dans certaines circonstances, supérieure à celle du *de cujus*, ce qui paraît bien être la négation du principe même.

(1) Trib. de Lyon, 29 juillet 1874. Sirey, 82, 2, 119, note 2.
(2) Troplong, Préface du traité des donations et des testaments.
(3) Léon Roux, Le droit en matière de sépulture. 1875, ch. VIII, p. 245.

Enfin, et c'est le cas le plus fréquent, le défunt n'ayant pas exprimé ses volontés, on s'est demandé à qui incombe le droit de disposer de ses restes, ou, pour employer une expression plus brutale mais employée quelquefois : à qui appartient le cadavre ?

3. — Les causes qui donnent à ces luttes un caractère d'acuïté sont multiples. Parfois, il n'y a en réalité qu'un sentiment de vanité de la part de la famille regrettant que le défunt ait manifesté le désir d'être enterré sans pompe, bien que son rang social lui permît de prétendre à plus d'honneurs funèbres. Mais il y a des motifs plus respectables. Le défunt a peut-être désigné pour son inhumation un lieu de sépulture contraire au vœu de ses proches ; il a peut-être ordonné que son corps fût remis à un amphithéâtre de médecine (nous discuterons ce point) pour servir à des expériences anatomiques ; il a pu simplement demander qu'on procédât à l'autopsie de son cadavre avant ses funérailles. Dans certains cas, les parents se sont disputé entre eux la dépouille mortelle ; c'est surtout entre la famille d'origine et le conjoint survivant que ces sortes de procès se sont élevés, chacun voulant avoir près de soi les restes du défunt ou prétendant être seul à régler ses funérailles.

Enfin et surtout les passions politiques et religieuses sont entrées pour une large part dans ce conflit. L'idée de faire accompagner le mort à sa dernière demeure par le ministre de la religion et d'entourer ses obsèques des cérémonies du culte est tellement dans nos mœurs que, pour le plus grand nombre, même les moins suspects de convictions religieuses, l'enterrement civil constitue un scandale qu'il faut absolument éviter.

4. — Il est facile de comprendre, par ce qui précède, combien sont délicates les questions soumises à notre étude. Sont-elles insolubles, comme on l'a prétendu parfois ? Nous ne le croyons pas, et nous espérons le démontrer. On a dit souvent qu'une loi spéciale sur la matière serait indispensable. Il en est une présentement en préparation dans les assemblées législatives, et nous y avons déjà fait allusion. Votée par la Chambre des députés, modifiée par le Sénat, elle est revenue devant la Chambre sous l'appellation de « loi sur la liberté des funérailles », remplaçant celle de « loi sur les enterrements civils et religieux ». Elle a été votée en première et en deuxième délibération, suivant le texte que nous donnons en note (1).

(1) *Journal officiel*, 15 et 18 février, 30 mars 1886:

ART. 1. — *Toutes les dispositions relatives aux honneurs funèbres seront appliquées quel que soit le caractère des funérailles, civil ou religieux.*

ART. 2. — *Il ne pourra jamais être établi, même par voie d'arrêté des prescriptions particulières applicables aux funérailles en raison de leur caractère religieux ou civil.*

ART. 3. — *Tout majeur ou mineur émancipé en état de tester peut déterminer librement le mode de sa sépulture, opter pour l'inhumation ou l'incinération, léguer tout ou partie de son corps à des établissements d'instruction publique ou à des sociétés savantes, et régler les conditions de ses funérailles, notamment en ce qui concerne le caractère civil ou religieux à leur donner. Il peut charger une ou plusieurs personnes de veiller à l'exécution de ses dispositions. Sa volonté exprimée dans un testament ou dans une déclaration faite soit pardevant notaire, soit sous signature privée en forme testamentaire, a la même force qu'une disposition testamentaire relative aux biens ; elle est soumise aux mêmes règles quant aux conditions de la révocation.*

ART. 4. — *En cas de contestation sur les conditions des funérailles, il est statué dans le jour, sur la citation de la partie la plus diligente, par le juge de paix du lieu de décès, sauf appel devant le président du tribunal civil de l'arrondissement, qui devra statuer dans les*

Nous estimons, quant à nous, qu'avec les principes généraux du droit et avec l'aide de la jurisprudence qui s'est formée peu à peu, on est à même de résoudre les controverses, et qu'il vaudrait mieux, pour légiférer sur cet objet, attendre des temps plus calmes.

5. — Les hésitations des auteurs et celles des tribunaux ont procédé de deux causes : l'influence des considérations de fait, et de fausses analogies. De la première de ces causes nous ne dirons rien, sinon que nous nous efforcerons de rester dans la sphère des principes purs, en nous écartant le plus possible du domaine des applications.

Sur la seconde, il nous faut insister : cela est nécessaire pour établir la division raisonnée de ce chapitre.

On s'est contenté généralement de distinguer deux cas : celui où le défunt a manifesté sa volonté, et celui où il a gardé le silence. Or beaucoup de procès eussent été écartés au sujet de la forme de la manifestation de volonté, au sujet de la capacité du *de cujus*, au sujet du droit supérieur de la famille, si l'on avait discuté une question préalable, à savoir : la qualité des parties en cause. Ce point a toujours été traité sommairement, et, par suite, les opinions les plus opposées se sont produites. Les uns ont soutenu que, dans le cas où le défunt

vingt-quatre heures. La décision est notifiée au maire, qui est chargé d'en assurer l'exécution. Il n'est apporté par la présente loi aucune restriction aux attributions des maires en ce qui concerne les mesures à prendre dans l'intérêt de la salubrité publique.

ART. 5. — *Sera punie des peines portées aux articles 199 et 200 du Code pénal, sauf application de l'article 463 dudit Code, toute personne qui aura donné aux funérailles un caractère contraire à la volonté du défunt ou à la décision judiciaire, lorsque l'acte constatant la volonté du défunt ou la décision du juge lui aura été dûment notifié.*

ART. 6. — *La présente loi est applicable à l'Algérie et aux colonies.*

a déclaré vouloir être enterré civilement, le premier venu pouvait enlever son corps même aux plus proches parents ; d'autres, au contraire, ont été jusqu'à nier le droit de charger quelqu'un de procéder à ce soin.

Pour éviter cet écueil, nous distinguons nettement trois hypothèses :

1° Celle où le défunt, tout en exprimant sa volonté, n'a cependant désigné personne pour en poursuivre l'exécution ;

2° Celle où, ayant déclaré son intention, il a chargé quelqu'un de l'accomplir ;

3° Celle où il n'a rien dit.

6. — Une observation préliminaire est indispensable. Ce serait une erreur de croire que les questions dont nous traitons sont soulevées uniquement à propos du caractère religieux ou civil des funérailles. Sans doute, c'est un point dont se préoccupera habituellement le défunt ; mais souvent il en réglera d'autres dont nous avons déjà parlé plus haut (1). Pour tous ces cas, la solution doit être la même, car la question dépend des mêmes principes et peut toujours se formuler ainsi : La volonté exprimée par le *de cujus* s'impose-t-elle d'une façon absolue ?

C'est ce qui a été reconnu lors de la discussion du projet de loi présenté au Parlement. La Chambre des députés avait, en première lecture, voté la rédaction suivante de l'article 3 : « Tout majeur ou mineur émancipé en état de tester peut régler les conditions de ses funérailles quant au caractère religieux ou civil à leur donner ». Mais le Sénat, avec raison, a modifié ainsi le texte : « Tout majeur ou mineur émancipé en

(1) V. *suprà*, n° 3.

état de tester peut régler les conditions de ses funérailles, *notamment* en ce qui concerne le caractère religieux ou civil à leur donner. »

ARTICLE I.

Le défunt a manifesté sa volonté quant à ses funérailles, mais n'a désigné personne pour la faire exécuter.

7. Système proposé.
8. Réfutation.
9. Solution normale.
10. Exception.

7. — Laissons provisoirement de côté les questions que nous allons bientôt étudier, relatives aux conditions de formes de l'acte par lequel le défunt fait connaître ses intentions, et à la capacité nécessaire chez celui de qui il émane. Supposons cet acte complet. Le *de cujus* a déclaré qu'il voulait être enterré dans un lieu déterminé, ou qu'il désirait que des funérailles purement civiles lui fussent faites. Que se passera-t-il ?

Observons tout d'abord que cette hypothèse se présente dans des conditions bien moins favorables que celle où il y a une désignation de personne. Il semble de toute logique qu'une fin de non-recevoir puisse être, dans le cas présent, opposée à certaines des personnes qui prétendraient accomplir la volonté exprimée par le défunt. Ce point de vue n'a pas été habituellement celui de la jurisprudence, dont l'opinion se trouve résumée de la manière suivante par un auteur (1) qui l'adopte personnellement, du reste : « Le juge n'est lié par aucune

(1) Chareyre, Des inhumations. Paris, 1884, p. 4

règle, sauf celle-ci : qu'il doit partout, avant tout et surtout rechercher la volonté du décédé. Il la trouvera dans son testament, dans ses déclarations, dans ses *actes*, ses écrits, ses *paroles*. Manque-t-il d'éléments de conviction : il consultera la famille, il cherchera quelle personne était en communauté d'idées avec le défunt, à qui il a dû confier ses désirs, à qui il a dû s'en remettre pour régler ses funérailles. » L'auteur va même plus loin que les tribunaux : « La jurisprudence, dit-il, reconnaît le droit d'agir pour faire respecter la volonté du défunt, aux parents du décédé jusqu'au douzième degré, au légataire universel, à l'exécuteur testamentaire. Elle ne l'accorde pas en principe aux amis du décédé, parce que l'amitié fondée sur la sympathie et l'habitude n'est pas un titre de droit aux yeux de la loi. Elle ne le reconnaît pas davantage aux ministres du culte, qui ne peuvent pas prendre l'initiative et ne doivent procéder aux cérémonies de l'enterrement que lorsqu'ils en sont requis régulièrement. Pour nous, nous pensons que l'on pourrait donner à ces deux catégories de personnes le droit d'agir..... »

Ailleurs, le même auteur émet l'avis qu'on pourrait considérer « comme mandataire tacite, indéniable du défunt, à l'effet de régler ses funérailles », un ami et même une concubine.

8. — Il nous est impossible de nous ranger à un pareil système qui conduit à admettre, et on l'a fait, que le premier venu peut intervenir et revendiquer le corps entre les mains de la famille, sous le prétexte que celle-ci ne se conforme pas exactement aux intentions expresses ou tacites du *de cujus*. On dit que le juge exigera du réclamant certaines garanties, et notamment l'assurance qu'il a vécu avec le défunt dans une intimité lui permettant de bien connaître ses intentions. Sans doute, il y aurait là quelque apparence d'utilité s'il s'agissait

de pénétrer les intentions en cause ; mais quel rapport cela a-t-il avec le droit d'action? A ce compte, les intentions étant proclamées au grand jour par acte écrit, qui pourra refuser à un étranger le droit d'intervenir ? Si plusieurs amis se présentent, ayant des avis différents, auquel d'entre eux donnera-t-on la préférence ? Le juge aura-t-il à apprécier leurs degrés d'intimité ? — Au surplus, quoi de plus vague, dans l'espèce, que cette expression d'ami ?

9. — Quant à nous, nous estimons que, dans le cas où le défunt a exprimé sa volonté, mais n'a désigné personne pour la faire exécuter, il s'en est rapporté à celui auquel le droit appartient naturellement, à celui que la loi et les mœurs chargeraient de veiller aux funérailles, si aucune disposition n'avait été faite. Toute autre personne manque de qualité et doit être repoussée par une fin de non-recevoir. La volonté du *de cujus*, dira-t-on, pourra donc rester sans sanction? C'est vrai ; mais la faute en est uniquement au défunt lui-même qui a négligé ou a jugé inutile d'être plus explicite. Il a peut-être voulu n'adresser qu'une prière à sa famille. Il a fait une disposition imparfaite, que nul n'a le droit de compléter.

10. — Nous admettrions cependant une sanction possible dans le cas où le *de cujus* aurait légué quelque chose à la personne qui se charge de rendre les derniers honneurs à sa dépouille. Si cette personne (le conjoint ou le plus proche parent, suivant les hypothèses) méconnaissait les prescriptions formelles du défunt, nous croyons que les ayants droit pourraient demander la révocation du legs pour cause d'injure grave à la mémoire du testateur, en se fondant sur l'article 1047 du Code civil.

ARTICLE II.

Le défunt a exprimé sa volonté et désigné la personne chargée de l'exécuter.

11. Division.

11. — Nous avons à examiner sous quelles formes doit se manifester la volonté du défunt, et quelles conditions de capacité il faut exiger de lui. Nous rechercherons ensuite la nature du droit dont se trouve investie la personne désignée ; et à cette occasion se présentera l'étude des conflits qui peuvent s'élever entre elle et la famille. Enfin nous envisagerons la question de la rétractation des volontés précédemment exprimées.

§ 1. — *Des formes de la manifestation de volonté.*

12. *A.* Disposition testamentaire.
13. *B.* Disposition prise en dehors de la forme du testament. Sa valeur.
14. Déclaration écrite datée ou non datée
15. Déclaration ne portant que la signature du défunt.
16. Engagement entraînant aliénation de liberté pour l'avenir.
17. Disposition prise par le défunt pendant sa vie au sujet de la vente de son cadavre.
18. Déclaration verbale.

12. — *A.* Le défunt peut avoir employé les formes du testament. C'est l'hypothèse la plus simple. Il a chargé un parent ou un ami d'intervenir et de faire procéder à ses obsèques religieuses ou civiles. On admet universellement qu'il faut respecter une pareille disposition, qui ne pouvait revêtir une forme plus solennelle (1).

(1) Roux, op. cit. p. 283.

Ainsi l'a nettement décidé un jugement du tribunal de la Seine (1) : « Attendu, dit-il, qu'il est de principe que le vœu du défunt doit prévaloir et s'imposer à la famille ». Il s'agissait, dans l'espèce, d'un testament olographe.

Il ne peut s'élever de difficultés que sur l'interprétation à donner à la clause testamentaire. La volonté du *de cujus* doit être claire et ne laisser place à aucun doute. On a discuté, par exemple, la question de savoir si la disposition suivante donnait au légataire universel non saisi le droit de faire accomplir des funérailles civiles: « J'institue pour mon exécuteur testamentaire et mon légataire universel mon vieil ami *** qui connaît mes intentions qui sont toujours restées les mêmes ».

Le légataire alléguait que cette clause ne pouvait avoir qu'une signification, que le défunt n'avait pas de biens, qu'il faisait profession de libre-pensée, que le testament ne pouvait avoir d'autre objet que d'investir l'institué du droit de régler le mode des funérailles cet institué puisant son droit dans sa qualité d'exécuteur testamentaire. Le président du tribunal d'Auxerre, tenant compte de ces arguments, décida, par ordonnance de référé, que le légataire pouvait disposer du corps de son ami, malgré l'opposition de la mère. Mais la cour de Paris réforma la décision (2). Ce fut avec raison, suivant nous. Cependant, dans les motifs, les juges, s'appuyant sur une de ces considérations de fait qui, comme nous l'avons remarqué déjà (3), ont souvent faussé les principes, nous paraissent avoir été trop loin quand ils expriment la nécessité d'une disposition précise « d'autant plus nécessaire.... qu'il s'agissait de dépouiller la mère de famille du droit que la nature même lui

(1) Trib. de la Seine, 20 juillet 1883. Mondoux c. Vivien. Sirey, 83, 2, 46.
(2) C. de Paris, 19 août 1881. Gallot c. Boulangé. Sirey, 83, 2, 245.
(3) V. suprà, n° 5.

confie de présider aux funérailles de son fils et de s'acquitter envers son cadavre d'un devoir pieux ». Ce motif en effet paraît impliquer que la décision eût été différente, si le légataire se fût trouvé seulement en présence d'un parent éloigné.

Pour nous, l'unique argument dans l'espèce est que rien n'indique dans le testament que la disposition précitée vise le mode des funérailles. La volonté du *de cujus* n'est pas certaine; on ne peut tenir compte d'une formule aussi vague. S'il avait modifié sa phrase et dit : « J'institue mon ami *** qui connaît mes intentions *au sujet de mes funérailles* », il n'y aurait pas eu à hésiter, quelle que fût la qualité de la personne élevant la réclamation.

Quant à la qualité d'exécuteur testamentaire invoquée, elle n'implique nullement une mission de la nature de celle qu'on prétendait exercer. Ces fonctions se réfèrent à la gestion d'intérêts matériels, non à des intérêts d'ordre moral comme celui-ci, sauf mention spéciale. L'exécuteur testamentaire doit veiller à l'accomplissement du testament et des clauses qui y sont contenues ; or, dans l'espèce, l'existence d'une clause relative aux funérailles était précisément contestée. Ce n'est que dans le cas où le testament eût contenu une clause expresse sur ce point que la mission de l'exécuteur aurait pu s'exercer.

13. — *B.* Supposons maintenant la volonté du défunt manifestée en dehors des formes légales du testament. Restera-t-elle impuissante ?

Oui, répondent les défenseurs d'une première opinion. La loi paraît n'admettre l'expression de cette volonté qu'à la condition de revêtir certains caractères solennels. On ajoute que la faculté de disposer de son corps exige autant de garan-

ties que celle de disposer de ses biens, et qu'elle doit, pour être respectée après la mort, être exercée dans des conditions d'égale certitude. Ainsi, dit-on, une libéralité de dernière volonté ne s'induit jamais des circonstances, si claires qu'elles soient : une intention de donner manifestée oralement et sans écrit n'a pas de valeur en justice. La conclusion est qu'il faut écarter nons eulement le mandat verbal, mais encore le mandat écrit qui ne serait pas donné dans la forme testamentaire (1).

Ce raisonnement n'a pas prévalu, et c'est à bon droit, suivant nous. Le testament est un acte solennel, et, dans notre législation, les actes solennels constituent une exception très limitée. On ne saurait donc en étendre le domaine par voie d'analogie. Or c'est précisément à cela que tendrait le raisonnement que nous critiquons.

Faut-il, en sens inverse, se contenter de penser, comme certains auteurs seraient assez portés à l'admettre, qu'il n'y a aucune règle à poser, et s'en remettre purement et simplement aux lumières du juge, qui aura la faculté de chercher les éléments de sa décision dans toutes sortes de titres? Nous ne le pensons pas. Nous croyons au contraire que ces divers titres, sans avoir tous une valeur égale, doivent faire l'objet d'un examen. Au surplus, nos observations n'ont rien d'absolu, et il appartient toujours au juge de choisir entre eux ceux qui lui paraîtront le plus aptes à former sa conviction.

14. — Si quelqu'un a écrit : « Je veux être enterré civilement, et je charge telle personne d'y tenir la main », nous considérerons la déclaration comme valable, encore qu'elle n'ait pas été datée. Il y aurait toutefois à examiner avec soin si le défunt n'a pas été victime d'une surprise. L'absence de

(1) Roux, op. cit., p. 389.

date peut avoir eu un but frauduleux, notamment de dissimuler la rédaction de l'acte pendant une période d'incapacité (1). Nous en dirons autant de l'antidate.

Nous admettrions que cette volonté s'imposât alors même que l'absence de date entraînerait la nullité des dispositions relatives aux biens. Sans doute, on peut objecter l'indivisibilité du testament. Mais, en reconnaissant même l'existence de cette indivisibilité, nous rappelons qu'ici il ne s'agit plus d'une disposition testamentaire. Cette indivisibilité du testament est liée intimement à son caractère solennel. L'acte nul comme testament reste valable en tant qu'il ne constitue qu'une manifestation de volonté non assujettie à des formes déterminées.

Nous exigerions cependant que la déclaration fût signée, non point par quelque analogie avec les règles du Code, mais parce que, dans nos mœurs, l'écrit non signé n'est considéré que comme un projet. La signature seule, d'après les idées reçues, donne une forme définitive à la manifestation de l'intention.

15. — Que décider en présence d'un écrit fait par un autre, mais signé seulement par le *de cujus*? Que décider particulièrement de la formule imprimée qu'il se serait contenté de remplir?

En principe, nous les tiendrons pour valables. Le juge toutefois devra particulièrement ici se tenir en garde et faire preuve d'une extrême prudence. Il reçoit l'expression de la volonté et en assure l'exécution, mais à condition que cette volonté soit libre. Il aura donc à se montrer sévère si les adversaires viennent alléguer qu'il y a eu extorsion de la signa-

(1) V. infrà, n° 19.

ture, ou une erreur de la part du signataire, ou l'emploi de moyens violents pour obtenir l'adhésion. Sur tout cela nous ne nous écartons pas des principes généraux sur les vices du consentement.

16. — Cela nous amène à nous expliquer sur un acte d'une nature particulière : l'engagement de se faire enterrer suivant telle ou telle forme. Nous n'hésitons pas à déclarer cet engagement radicalement nul. Tout ce qui entrave pour l'avenir l'exercice de la liberté humaine est prohibé par la loi: or celui qui s'engage à se faire inhumer suivant tel ou tel rite engage sa liberté religieuse. Il ne peut pas plus le faire qu'il ne peut s'obliger à toujours professer une religion ou à ne jamais la professer, qu'il ne peut promettre de ne jamais se marier ou de ne se marier qu'avec une personne déterminée. « De même qu'il n'est pas permis à un majeur de dire : Je veux être incapable ; de même il ne lui est pas permis de dire : Je veux cesser d'être libre... Cela est vrai de la liberté religieuse comme de la liberté civile (1). »

L'acte, nul en tant qu'engagement, vaudra-t-il comme manifestation de volonté pure et simple ? Dans ce cas, celui envers qui l'engagement aurait été pris, ne pouvant pas exiger la peine promise, aurait-il du moins le droit d'invoquer la volonté exprimée et de se faire livrer la dépouille mortelle ? Sur ce point, il faut encore répondre négativement. L'acte est nul pour le tout ; il porte en lui un vice originel. La convention signée par le défunt est radicalement nulle faute d'objet.

Nous avons supposé une peine accompagnant cette convention. Ce sera le cas le plus fréquent. La même solution

(1) Roux, op. cit. p. 257 et s.

doit être donnée dans l'hypothèse où une promesse de cette nature n'aurait pas été annexée.

Ces mêmes principes seront encore appliqués si le défunt s'est affilié à une société dont les statuts comportent l'adoption d'un mode déterminé de sépulture. Que décider cependant s'il n'a pas cessé d'adhérer jusqu'à sa mort ? S'il a désigné un exécuteur à ses volontés, celui-ci pourra agir, conformément à ce que nous avons établi. S'il n'a désigné personne, nous sommes dans l'hypothèse précédemment examinée, au début de ce chapitre (1).

17. — La vente qu'un homme ferait de son corps à un médecin (et le cas s'est, paraît-il, présenté) n'aurait également aucune valeur. Nous n'admettrions même pas le médecin à répéter la somme qu'il aurait avancée dans ce but. Il y aurait alors *condictio ob turpem causam*. Le corps de l'homme n'est pas dans le commerce. De même qu'il ne peut être assimilé à un de ces biens soumis au droit commun au point de vue du testament, de même il lui échappe en matière de conventions.

18. — Voici maintenant l'hypothèse la plus délicate, sinon en droit, du moins en fait. Le défunt a, devant témoins, déclaré sa volonté et chargé quelqu'un de l'exécuter. En principe, cette manifestation de volonté sera suffisante, la loi ne prescrivant aucune solennité, aucune condition de formes, aucun écrit. On ne pourrait donc point contester à l'exécuteur sa qualité, sous prétexte qu'elle ne lui aurait été conférée que verbalement. Mais c'est bien là le cas où le juge devra se montrer particulièrement défiant, et se rappeler que les témoignages se pèsent plutôt qu'ils ne se comptent.

Il est si vrai que la fraude peut se glisser en ces matières

(1) V. suprà, n° 7.

que le projet de loi actuellement en délibération repousse cette forme : « La volonté, dit-il, doit être exprimée soit dans un testament, soit dans un acte testamentaire, soit dans un acte notarié ». Nous n'avons garde de le critiquer sur ce point, car cette solution serait une garantie. Il est certain qu'en somme il vaut mieux laisser d'une manière générale à la famille le soin de décider. Son affection, le respect du mort dans la plupart des cas, assureront à celui-ci la sépulture la plus conforme à ses désirs, tandis que l'intrusion d'une personne, le plus souvent étrangère, s'appuyant sur une déclaration verbale, pourra paraître singulièrement suspecte.

Quoi qu'il en soit, dans le droit actuel, nous ne pouvons contester la validité de cette déclaration sans tomber dans l'arbitraire, estimant qu'en fait le juge ne saurait exiger trop de garanties de sincérité chez le demandeur et chez les témoins. Nous lui rappellerons cette règle des Institutes de Justinien à propos de l'institution verbale d'héritier faite par le militaire : « Si le militaire, ayant convoqué des témoins dans « le but de manifester sa volonté, a déclaré qui il voulait avoir « pour héritier et à qui il voulait laisser la liberté, il peut « de cette façon être réputé avoir testé sans écrit, et sa vo- « lonté sera tenue pour valable. Mais si, comme il arrive très « souvent dans les conversations, un militaire a dit : Je te « fais héritier, ou : Je te laisse mes biens, ceci ne doit pas « être considéré comme un testament... Autrement, après la « mort d'un militaire, des témoins s'élèveraient facilement « pour affirmer qu'ils ont entendu le défunt laisser ses biens « à telle personne qui leur convient, et ainsi les véritables « intentions du défunt seraient méconnues » (1).

(1) Inst. § 1, de militari testam. II. 11.

§ II. — *De la capacité de celui qui règle ses funérailles.*

19. Ses conditions.
20. Cas de l'interdit et du mineur.
21. Cas de la femme mariée.
22. Circonstances de fait.

19. — L'article 3 du projet de loi dont nous avons parlé exige que le *de cujus* ait la capacité de tester au moment où il dispose de son corps, détermine le mode de ses funérailles et désigne une personne chargée de veiller à l'exécution de sa volonté. Dès lors, il faudrait faire application des articles 903 et suiv. du Code civil. En attendant que ce point soit établi, il convient de rechercher le droit qui nous régit.

La mise en œuvre des principes du droit commun en matière de conventions ne nous paraît pas admissible. Pourquoi préférerait-on, du reste, ces règles à celles du testament, alors surtout que la convention est précisément la forme que la manifestation de la volonté ne pourra jamais affecter ? D'autre part, il serait étrange de soumettre le *de cujus* à des conditions de capacité plus sévères que celles qui ont trait aux dispositions testamentaires. Dira-t-on qu'on appliquera simultanément les règles des conventions et celles du testament ? Ce serait alors tomber dans l'arbitraire.

Suivant nous, ce sera au tribunal d'apprécier souverainement cette capacité d'après les circonstances. Il examinera si le défunt, alors qu'il exprimait sa volonté, avait réellement son libre arbitre, s'il se rendait entièrement compte de ce qu'il faisait, si sa volonté était éclairée et consciente d'elle-même. Ces conditions essentielles étant jugées remplies, tout droit

devra être reconnu à celui qui se présente comme l'exécuteur des intentions suprêmes du *de cujus*.

20. — Par application de ces principes, s'il s'agit d'un interdit, on écartera toute réclamation fondée sur l'article 502 C. civ. On ne se préoccupera que de rechercher s'il s'est prononcé dans un intervalle lucide.

S'agit-il d'un mineur ? Sa volonté fera encore loi quand bien même il ne serait pas émancipé ou n'aurait pas atteint l'âge requis pour tester.

Quant à ce dernier, à vrai dire, la question sera souvent délicate. Les circonstances de fait, le développement intellectuel du mineur devront particulièrement être pris en considération. Si le moindre doute s'élève, on ne tiendra pas compte de l'acte. Ne peut-on pas redouter, en effet, qu'il lui soit parfois imposé par la contrainte d'une autorité supérieure ? Nous estimons néanmoins qu'il est un âge où l'enfant devient en quelque sorte majeur au point de vue religieux, et où sa volonté sera suffisamment éclairée, libre et sérieuse, pour exiger, au nom de la liberté de conscience, qu'on respecte ses convictions.

Le projet de loi soumis aux Chambres propose, comme condition de capacité, que le mineur soit émancipé ou puisse faire son testament. Certains auteurs, dans l'état même du droit actuel, fixent à seize ans l'âge où le mineur peut régler ses funérailles. Ils argumentent de ce qu'à partir de ce moment la loi reconnaît le mineur capable d'avoir une volonté, et s'appuient sur son droit de tester. Ce n'est pas parfaitement exact, du moins en ce qui concerne la femme, puisqu'à quinze ans elle peut contracter mariage. On invoque encore la législation pénale, et on déclare que le mineur à partir de seize

ans est responsable de ses délits et de ses crimes. Il y a également là une inexactitude. Le législateur, ne voulant pas se prononcer d'une façon absolue, laisse aux juges le soin de rechercher en fait si le mineur de seize ans s'est conduit avec discernement, s'il a eu ou n'a pas eu de volonté. Or, nous ne demandons pas autre chose quand il s'agit de l'action par laquelle l'adolescent a réglementé par avance ses funérailles.

21. — On ne saurait refuser non plus à la femme mariée le droit de disposer de son corps après sa mort. « Le mari, dit un arrêt (1), a le droit de désigner le lieu de sépulture lorsque la volonté de l'épouse est muette sur ce point. » Une autre décision reconnaît que la femme doit, « sauf les cas exceptionnels et sauf aussi le cas où elle aurait manifesté une intention contraire, être inhumée au lieu choisi par l'époux qui lui survit » (2).

Il ne faudrait pas établir cette indépendance de la femme quant au choix de ses funérailles, sur cette raison qu'à son décès elle se trouvera dégagée de tous liens vis-à-vis de son mari. Sans doute alors, la puissance maritale est éteinte ; mais la loi considère encore le mari comme le plus proche parent de sa femme ; et c'est pour cette cause, comme nous le verrons, qu'elle lui abandonne la dépouille mortelle de celle-ci, à l'exclusion de sa famille.

Il n'est pas possible non plus, croyons-nous, d'établir un rapprochement avec les règles du Code civil s'occupant de la dévolution des biens de la femme après sa mort, et d'après lesquelles celle-ci est affranchie, lorsqu'elle fait son testament, de l'autorisation de son mari (art. 225 et 905 C. civ.).

(1) C. de Lyon, 5 avril 1851. Delernoy. D. P. 55. 2. 17.

(2) Tulle, 4 décembre 1850. Trib. de Lille, 12 novembre 1874. D. P. 75. 3. 49.

Alléguer que pouvoir disposer de ses biens en toute liberté est à *fortiori* pouvoir disposer de son corps, le premier des biens, nous semble un argument sans analogie et sans force juridique.

Pour nous, la raison décisive se trouve dans l'article 217 du Code civil. Cet article énumère les cas dans lesquels la femme est soumise à l'autorisation maritale. L'incapacité n'est pas la règle, comme on le dit souvent ; elle n'est que l'exception. En d'autres termes, l'énumération de la loi est limitative ; en dehors des cas que le Code détermine, la femme est libre, et ses actes échappent à la nécessité de l'autorisation. L'article 217 ne lui interdisant pas de régler ses funérailles, elle reste pleinement capable.

22. — Nous ne saurions trop insister sur ce qu'il ne suffit pas d'avoir la capacité de droit, mais qu'il faut encore être capable en fait. De là pour le juge l'obligation d'examiner attentivement si l'on n'a pas abusé de l'état de maladie, de l'âge, de l'inexpérience du défunt pour lui arracher une déclaration. Il statuera souverainement d'après les circonstances, en tenant le plus grand compte des précédents ; et si la volonté dernière est en désaccord avec ceux-ci, il aura à rechercher les motifs de ce changement.

Sur ce point toutefois, il ne faudrait pas aller trop loin. Un homme né dans une religion peut y avoir vécu avec une profonde indifférence. Lorsque, dans sa dernière maladie, il charge une personne de veiller à ce qu'on l'enterre suivant les rites de cette religion, il n'y a rien là qui doive faire naître la suspicion. C'est un fait d'expérience fréquente : on ne peut voir une opposition entre le désir exprimé par cet homme et son passé.

§ III. — *Nature du droit de la personne chargée d'exécuter la volonté du défunt. Conflits avec la famille.*

23. La personne désignée n'est pas un mandataire.
24. Elle n'est pas un exécuteur testamentaire. Droit *sui generis*.
25. Possibilité et raison de conflits entre elle et la famille.
26. Conflit à propos de la demande d'autopsie faite par le défunt.
27. Conflit à propos de l'inhumation d'une concubine.
28. Juridiction compétente.

23. — On a beaucoup discuté pour déterminer la nature du droit de celui à qui le *de cujus* a confié la mission d'accomplir ses dernières volontés quant aux funérailles.

Les uns ont fait de cette personne un mandataire ; mais leur opinion est facile à réfuter. Le mandat en effet est un contrat supposant l'adhésion, c'est-à-dire le concours de deux volontés vers un même but : or ce concours est impossible dans l'espèce, puisqu'au moment où le mandataire exécutera le mandat, le mandant aura cessé d'exister. En outre, le mandat est essentiellement révocable et cesse par la mort du mandant (art. 2003 C. civ.), tandis que dans notre hypothèse, c'est précisément à ce moment que le prétendu mandat devra produire son effet. Bien plus, même en supposant qu'il puisse subsister après le décès, il faudrait au moins admettre que les héritiers auraient le droit de le révoquer ; or il n'a été donné en réalité que contre eux. Le *de cujus* a évidemment désigné un tiers parce qu'il estimait que ses proches, pour un motif ou pour un autre, n'exécuteraient pas ou exécuteraient imparfaitement sa volonté. On ne peut donc faire application des principes qui régissent la théorie du mandat.

24. — D'autres assimilent la personne dont nous nous occupons à un exécuteur testamentaire. Mais alors on voit la conséquence immédiate qu'ils en tirent : c'est que cette personne ne pourra être désignée que par acte dans la forme du testament. Or nous avons repoussé cette solution, et nous n'avons pu admettre des arguments d'analogie où l'analogie n'existe pas.

Pourquoi ne pas reconnaître que nous sommes en présence d'une matière non prévue par le Code et dont nous devons chercher les règles ailleurs? Le Code en effet n'a pas donné le dernier mot sur toutes les questions, et ce serait une étrange prétention que de vouloir encadrer nécessairement toutes les hypothèses juridiques dans ses théories. La personne désignée par le *de cujus* n'est donc ni le mandataire des articles 1984 et suiv., ni l'exécuteur testamentaire de l'art. 1025. Qu'on dise qu'il y a dans notre espèce un exécuteur testamentaire *sui generis*, un mandataire *sui generis* : il importe peu. Nous avons jusqu'ici préféré le définir : celui auquel le *de cujus* a confié une mission par un acte de volonté souveraine.

25. — Ce point admis, il nous faut parler des conflits qui pourront s'élever entre la personne désignée et la famille. On pourra sans aucun doute contester que la volonté du défunt ait été libre, que la désignation faite soit précise. Il se peut que le *de cujus* ait employé une formule trop vague, donnant droit au premier venu de se présenter. La désignation dont il s'agit suppose un *intuitus personæ*, la mission étant avant tout une mission de confiance. Nous avons dit qu'on pourrait repousser celui qui ne justifierait pas que le but de cette mission est le règlement des funérailles, et nous

ne pouvons que rappeler ici ce que nous avons dit plus haut à ce sujet (1).

26. — Un conflit d'une nature particulière s'est présenté. Une personne en mourant a chargé un ami de faire procéder à l'autopsie de son corps. Que ç'ait été dans l'intérêt de la science, par crainte d'être enseveli vivant ou pour tout autre motif, nous n'avons pas à le rechercher. Toujours est-il que les proches parents protestent et refusent de livrer le corps, en arguant du sentiment de piété de famille. Doit-on faire droit à leur réclamation (2)?

Si l'on se fonde sur ce que le défunt avait l'esprit affaibli ou a subi une pression, si le prétendu mandataire n'agit qu'en vertu d'une convention, il n'y aura pas de difficulté : ce sera une question de preuve, et il suffira de rechercher si les allégations des parents sont fondées. Mais si l'on écarte ces hypothèses, la question devient grave et se ramène au point de savoir si la famille a une volonté supérieure à celle du défunt. En pratique, on répond affirmativement pour ce cas spécial, puisqu'on n'autorise l'autopsie que quand les proches parents y consentent, encore que le défunt l'ait ordonnée. Cette décision est en contradiction avec le principe que nous avons précédemment établi et reconnu par tous, à savoir que chacun peut avoir la libre disposition de ses restes : nous ne saurions par conséquent l'admettre.

27. — Un autre conflit s'est produit. Une femme vivant en concubinage exprime en mourant le désir d'être enterrée dans le lieu qu'habite celui qui entretient avec elle des relations

(1) V. suprà, n° 12.

(2) *Journal officiel*, 7 mai 1882, 23 et 15 juin 1883.

illicites, et elle le charge d'exécuter son dernier vœu. Le père et la mère de la défunte résistent, et aux prétentions de l'exécuteur des volontés de leur fille ils répondent que la clause du testament est nulle comme immorale à raison des relations ayant existé entre le demandeur et leur enfant.

Le tribunal de la Seine a donné tort aux parents, et fait respecter la volonté de la défunte. Suivant lui, le commerce illicite n'a pas été admis par la loi comme cause de nullité des dispositions ayant le caractère de libéralité, le législateur ayant voulu éviter les investigations de nature à porter atteinte à la morale publique et à troubler le repos des familles. « Le même motif, ajoute-t-il, doit faire repousser la demande en nullité de toute disposition testamentaire qui ne constituerait pas une libéralité, alors que le moyen de nullité est fondé également sur l'allégation d'un commerce illicite dont il s'agirait de faire la preuve. Enfin il est de principe en cette matière que le vœu du défunt doit prévaloir et s'imposer à la famille (1). »

L'opinion contraire aboutirait en effet, comme nous l'avons montré, à la négation du principe que la volonté du défunt est souveraine. On doit s'étonner cependant de trouver la jurisprudence si rigoureuse sur cette dernière question, tandis que, pour le cas d'autopsie demandée, elle sacrifie le désir du *de cujus* à la volonté de la famille.

23. — Quelle sera l'autorité compétente pour statuer sur ces conflits ? Lors des débats en première lecture du projet de loi, on a longuement discuté la question de savoir si la connaissance n'en devait pas être attribuée au juge de paix. C'est l'opinion qui a prévalu au Sénat ; depuis, elle a été successi-

(1) Trib. de la Seine, 20 juillet 1882. Sirey, 83. 2. 46.

vement abandonnée (1), et reprise (2) par la Chambre, à tort suivant nous. Dans l'état actuel du droit, c'est le président du tribunal civil qui prononce en référé à raison de l'urgence. Si la question lui paraît trop délicate, il se contente d'ordonner une inhumation provisoire, se réservant de l'examiner à fond. Au surplus, sa décision est susceptible d'appel.

Cet appel d'ailleurs ne peut point retarder l'inhumation, puisqu'il est de principe, aux termes de l'art. 809 C. proc. civ., que toutes les ordonnances de référé sont exécutoires par provision nonobstant appel. Mais il y a là une garantie laissée à l'exacte appréciation de la volonté du défunt, et aussi une satisfaction donnée à ceux qui ont intérêt à ce qu'il n'y ait pas eu de surprise ou d'erreur dans la décision du premier juge.

C'est l'application du droit commun. Pour nous, rien ne semble motiver en cette matière l'introduction d'une juridiction exceptionnelle et d'une procédure le plus souvent impraticable, comme il arriverait suivant le système qui voudrait donner au juge de paix la connaissance de l'affaire, avec faculté d'appel au président du tribunal dans le délai de 24 heures.

§ IV. — *Des rétractations.*

29. Révocation expresse.
30. Révocation tacite.
31. Hypothèses de cette révocation.

29. — Il ne suffit pas que la volonté du défunt soit libre, certaine, clairement exprimée ; il faut encore qu'elle soit constante, c'est-à-dire qu'elle ait persisté. Jusqu'à sa dernière

(1) *Journal officiel*, 18 février 1886.
(2) Id., 30 mars.

heure, le défunt était à même de révoquer ses dispositions antérieures.

La révocation peut être expresse. Nous n'avons qu'à renvoyer sur ce point aux développements donnés sur les garanties de forme et de fond que devait présenter la manifestation originelle de volonté.

30. — La révocation tacite nous occupera davantage. Doit-on l'admettre ? de quelles circonstances peut-on l'induire ? Il s'est élevé à cette occasion, entre la Chambre des députés et le Sénat, un désaccord qui est cause de ce que la loi nouvelle n'a pas été votée. Ne parlons présentement que du droit en vigueur.

Les auteurs qui, considérant le corps de l'homme « comme le premier de ses biens », soumettent l'expression des volontés du *de cujus* aux règles du testament, sont obligés par la logique d'adopter les mêmes formes testamentaires pour la révocation expresse. Quant à la révocation tacite, la question pour eux est très embarrassante et devient une impasse (1). Ils doivent se souvenir en effet que le Code n'admet la révocation tacite en matière testamentaire que dans des cas limitativement déterminés, et qui, à raison de leur caractère exceptionnel, doivent être interprétés restrictivement.

Pour nous qui, conformément à la doctrine de nombreux arrêts, pensons que l'on n'est pas obligé d'appliquer toujours et quand même le Code civil à ces questions, nous sommes beaucoup plus à l'aise. Le bon sens, du reste, impose le principe de la révocation tacite. Il est évident, par exemple, qu'une personne qui par acte écrit de sa main a chargé un ami de la faire enterrer dans une ville désignée, et qui postérieurement à cet écrit se fait construire un tombeau ailleurs, opère, par le

(1) Roux. op. cit., p. 295

fait même, révocation tacite de sa première disposition. C'est une vérité qui n'a pas besoin de preuve, et point n'est utile, pour l'expliquer, d'invoquer les articles 1035 et suiv. du Code civil, ni les règles du mandat.

31. — Si le principe est tel dans ce cas, pourquoi serait-il autre dans des hypothèses semblables ? Ainsi, on a supposé un individu qui a exprimé la volonté d'être enterré civilement et qui dans la suite, changeant de vie, termine ses jours dans le cloître : produira-t-on la déclaration qui remonte à plusieurs années, et en requerra-t-on l'exécution. sous prétexte qu'il n'y a pas eu de révocation expresse? C'est impossible.

Mais alors pourquoi ces résistances ? Disons-le immédiatement, c'est parce qu'il y a une hypothèse unique, très délicate, fréquente, qui a fourni l'occasion des polémiques les plus violentes dans la presse et des manifestations de la rue. La voici : un homme ayant fait toute sa vie profession de libre-pensée a écrit qu'il entendait recevoir des obsèques civiles, et a désigné l'exécuteur de cette volonté. Sentant venir sa fin, il appelle le prêtre et meurt dans la communion de l'Eglise. Les derniers actes de sa vie impliquent-ils rétractation de l'acte écrit précédemment ? Voilà le cas spécial qu'ont dans la pensée tous ceux qui discutent ces questions de révocation. Allons plus loin : c'est encore celui qu'on a en vue quand on se demande dans quels termes l'acte qui exprime la volonté doit être rédigé. Au fond, on ne tend qu'à résoudre une question : quelle sera la place du prêtre, le jour pes funérailles ? Le projet actuel de la loi sur la liberté des sépultures n'est pas sorti d'une autre préoccupation (1).

(1) Les débats soulevés devant le Sénat sont particulièrement intéressants à ce point de vue. La commission, dans le principe, ne déclarait valable que la révocation expresse résultant d'un écrit. C'était ce qu'avait décidé la Chambre

Or nous estimons nous prononcer en toute justice et conformément aux principes déjà exposés, en soutenant que l'homme qui a déclaré vouloir être enterré civilement et qui appelle le prêtre à son lit de mort révoque par là même sa disposition antérieure. Il faudra, bien entendu, que sa volonté soit certaine, que le prêtre soit venu sur sa demande : si celui-ci s'est présenté spontanément ou à la réclamation d'autres personnes, il faudra que le moribond l'ait reçu et ait accepté librement son ministère.

Décider autrement, prétendre que le mourant, seul maître en définitive de sa détermination, devrait, pour effacer la trace de sa manifestation première de volonté, employer les formes testamentaires, serait se heurter le plus souvent à une impossibilité absolue ; ce serait établir, répétons-le, avec les règles qui ont trait à la dévolution des biens, une assimilation sans fondement; ce serait surtout entraver au premier chef le plus légitime exercice de la liberté humaine, particulièrement respectable à cette heure solennelle.

Sans doute, toutes les hypothèses ne seront pas faciles à résoudre. Il y a souvent, aux derniers instants de la vie, une période d'affaiblissement des facultés intellectuelles qui est le commencement de la mort. Le signe suffisant de la rétractation pourra être malaisé à discerner, tout en pouvant être certain de la part du mourant. Dès lors, ce sera une question

des députés. Devant des réclamations énergiques, cette commission finit par admettre certaines impossibilités de fait. Enfin, sur l'insistance des adversaires du projet, le texte fut modifié dans le sens de la possibilité d'une révocation tacite résultant de circonstances de fait dont l'appréciation était laissée aux juges (Cf. *Journal officiel*, séances des 11 mai, 13 et 15 juin 1833). C'est dans ces conditions que le projet est actuellement revenu devant la Chambre des députés. Celle-ci maintient son système de la nécessité d'une révocation expresse et de l'assimilation absolue aux règles testamentaires : c'est l'objet de l'article 3, qui est en réalité toute la loi. (V. le texte suprà, n° 4.)

de fait à trancher ; mais comment ne pas reconnaître qu'alors le rôle du législateur ne trouve plus son application, et s'efface nécessairement devant celui du juge ? Appelé à se prononcer dans ce grave débat, celui-ci se rappellera qu'il doit rechercher le plus scrupuleusement toutes les circonstances de la cause, peser à leur plus juste valeur tous les témoignages ; et, cet examen accompli, il écoutera sa conscience.

ARTICLE III.

Le défunt n'a laissé aucune disposition expresse.

32. Droit propre de la famille.

32. — Nous avons repoussé l'opinion de ceux qui veulent que l'on recherche encore la volonté du défunt, alors même qu'elle ne se serait pas manifestée dans les formes énoncées par nous plus haut. A plus forte raison devons-nous rejeter cette opinion quand il n'y a pas eu expression de volonté. Reconnaître à la première personne venue le droit de requérir au nom du défunt l'accomplissement de déclarations que celui-ci n'a point faites de son vivant, sous prétexte qu'elle doit être considérée comme son « mandataire tacite » et l'exécutrice « indéniable » de ses intentions, serait livrer arbitrairement la famille à la désorganisation, y supprimer toute hiérarchie, aller contre les mœurs et les convenances qui sont la base indubitable de la législation en cette matière.

Pour nous, la famille a ici un droit propre qui trouve son point de départ dans le besoin que nous éprouvons de reporter sur les restes de ceux qui nous ont été chers une part de l'affection que nous leur avions vouée pendant leur vie. Sans doute, quand ce droit se trouve en conflit avec la volonté du

défunt, c'est celle-ci qui doit l'emporter ; mais lorsqu'elle ne s'est pas manifestée d'une façon très nette par un signe extérieur positif, le droit de la famille reste intégral.

Examinons maintenant la question de plus près en partant de l'idée de ce droit propre, et voyons les divers conflits susceptibles de s'élever. On peut les ramener aux types suivants : divergences entre les ascendants du défunt, entre son conjoint et ses ascendants, entre les ascendants et les descendants, entre les ascendants et les collatéraux.

§ I. — *Conflit entre les ascendants du défunt.*

33. Entre deux ascendants de degré différent.
34. Entre le père et la mère.
35. Cas où l'enfant pouvait exprimer sa volonté.

33. — Le *de cujus* était mineur encore en puissance, ou majeur non marié. S'il y a conflit entre deux ascendants de degré différent, le père qui, par exemple, demande que son enfant soit enterré dans telle ville, et l'aïeul qui veut faire venir son cadavre dans telle autre, il ne saurait y avoir aucune difficulté. C'est le père qui doit l'emporter, car lui seul est investi de la puissance paternelle. Cette hypothèse n'a besoin que d'être mentionnée.

34. — Mais le conflit s'est élevé devant les tribunaux entre le père et la mère, le père voulant que l'enfant commun fût enterré civilement, la mère réclamant que l'Église présidât à ses funérailles. Une décision du président du tribunal civil de Douai (1) donna raison à la mère, décision motivée sur ce que les époux s'étaient mariés dans la religion catholique et

(1) Trib. de Douai, 6 avril 1875. Orville. D. P. 75. 3. 49.

avaient fait baptiser leur enfant, fondée en outre sur des circonstances de fait particulièrement favorables. Faut-il, au point de vue juridique, conclure de cette jurisprudence que les parents partagent le droit de puissance, et qu'en cas de désaccord entre eux le juge prononcera suivant les circonstances ?

Il nous est difficile d'admettre cette opinion. La père et la mère n'ont pas des droits égaux : l'article 373 du Code civil le déclare formellement quand, parlant de la puissance paternelle d'une manière générale, il dit que le père seul l'exerce pendant le mariage. Dira-t-on que l'enfant étant mort, cette puissance n'existe plus, et qu'il n'y a plus lieu d'appliquer l'article en question ? L'argument nous paraît bien subtil.

Peut-on se fonder, d'autre part, sur cette idée que si le père, lors du mariage, est expressément convenu que les enfants seraient élevés dans la religion catholique, la mère a évidemment en conséquence le droit d'exiger pour eux le mode de sépulture qui fait partie de ce culte, et considérera-t-on « comme renfermant un engagement tacite le mariage religieux que le mari a accepté, sachant bien les obligations qui en découlent » (1)? Ce raisonnement ne saurait être établi dans l'état de notre droit. Les jurisconsultes s'accordent à soutenir que l'engagement pris par le père au moment du mariage d'élever ses enfants dans une religion déterminée est nul en vertu de l'article 1388 : « Les époux ne peuvent déroger aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfants ». Il ne peut davantage abdiquer ces droits pendant le mariage.

Nous croyons cependant qu'il est possible de justifier en

(1) Roux, op. cit. p. 327.

droit la décision susdite par un argument qui ne nous paraît pas avoir été encore invoqué. On remarquera que, dans un certain nombre d'hypothèses, la puissance du mari ou du père ne peut être exercée qu'une fois, et que, lorsqu'elle s'est exercée, elle semble épuisée. Ainsi le mari, par le fait même du mariage, impose sa nationalité à la femme ; mais, une fois marié, s'il change de nationalité, ce changement sera sans influence sur l'état de sa femme, qui conservera la conditon faite par le contrat de mariage et ne suivra celle de son mari que si, elle aussi, se fait naturaliser. De même, si le mari perd la qualité de Français, par exemple en s'établissant à l'étranger sans esprit de retour, tous les auteurs admettent que la femme qui conserve cet esprit demeure Française. La solution est la même pour les enfants. Ils reçoivent leur nationalité au moment de leur conception, et le père, dans la suite, ne peut pas modifier cette condition.

N'en est-il pas de même quand il s'agit de la religion de l'enfant? On conçoit que le père, en vertu de son droit de puissance inaliénable et exclusif, choisisse celle dans laquelle son enfant sera élevé ; mais conçoit-on qu'il use de ce même droit pour lui en imposer le changement ? Lui sera-t-il possible de donner successivement à son fils toutes les religions qu'il lui plaira? Sans doute, les engagements antérieurs peuvent l'obliger au point de vue du for intérieur, au point de vue de l'honneur et de la considération publique, qui fait toujours défaut à celui qui foule aux pieds la parole donnée. Nous admettons même que le manquement à ces engagements puisse, dans certains cas, constituer une injure grave pour la femme et motiver une séparation de corps (1). Mais, au point

(1) C. de Lyon, 27 mars 1873. Arrêt mentionné par L. Roux, op. cit. p. 328.

de vue du droit strict, ces engagements paraissent sans valeur.

Une fois donc que le père a exercé le choix en question, tout est fini, suivant nous. Il y a un droit acquis à l'enfant, qui ne peut plus en être dépouillé sans injustice ; dès lors, pour la sauvegarde des intérêts lésés de celui-ci, la mère aura la faculté d'intervenir. Dans l'espèce qui nous occupe, le père avait choisi pour son fils la religion catholique : ce dernier avait donc un droit acquis à être inhumé suivant les rites de cette religion. Il en eût été différemment si l'enfant avait été baptisé clandestinement ou malgré l'opposition paternelle.

35. — Si l'enfant était en âge d'exprimer sa volonté, nous n'inclinerions pas plus en faveur du père qu'en faveur de la mère. La puissance paternelle ne serait plus en cause. Dans cette lutte entre les deux époux, le juge devrait examiner en fait si l'enfant a manifestement répudié sa religion ou s'il en a adopté une autre. Qu'on ne nous accuse pas sur ce point de contradiction avec nos déclarations précédentes ; nous n'adoptons pas pour cela le système qui nie le droit propre de la famille et impose au juge l'obligation de rechercher, à défaut de volonté expresse, la volonté tacite du défunt. Nous maintenons toujours le principe que nous avons posé ; mais en présence de deux personnes ayant, au point de vue de la parenté, des situations identiques, nous sommes contraint de nous fixer un autre élément de solution. Nous donnerons semblable réponse au cas où il y aura compétition entre deux collatéraux au même degré ou entre deux ascendants de branche différente (1).

(1) V. infrà, n° 44.

§ II. — *Conflit entre le conjoint et les ascendants.*

36. Historique de la jurisprudence.
37. Critique de l'arrêt de la cour de Bastia du 17 juillet 1865.
38. Mesure du pouvoir d'appréciation des tribunaux.
39. Cas de second mariage.
40. Cas de séparation de corps ou de divorce.

36. — La jurisprudence semble aujourd'hui fixée sur ce point qu'en thèse générale le conjoint doit être préféré à tout autre. Elle a subi cependant, à cet égard, certaines fluctuations qu'il nous faut connaître.

La difficulté fut dès la première fois résolue en faveur du conjoint survivant, par un arrêt de la cour de Lyon du 5 avril 1851 (1). Une consultation, signée de MM. Duvergier, Delangle et Chaix-d'Est-Ange, ne fut pas, paraît-il, sans influence sur la solution donnée. On y faisait valoir avec raison qu'il ne fallait pas chercher dans le texte des lois la réponse à la question posée. C'est une matière que le Code civil n'avait pas besoin de déterminer, parce qu'elle a sa règle dans une loi plus haute, dans la notion naturelle du mariage. Là se trouve consacré le principe que le corps de l'un des conjoints est comme la propriété de l'autre époux, et que, dès l'instant où ils sont unis, une scission s'opère, suivant le précepte évangélique, entre chacun d'eux et leurs familles respectives, de telle sorte que le lien est bien plus étroit d'un côté que de l'autre.

La décision susdite tranchait implicitement le problème en faveur du mari, puisqu'elle repoussait sa demande en se fon-

(1) C. de Lyon, 5 avril 1851. Delermoy c. Bertholon. D. P. 55. 2. 17.

dant uniquement sur une fin de non-recevoir tirée de ce qu'il avait renoncé, depuis la mort de sa femme, à se prévaloir de ses droits.

L'année suivante, la cour de Limoges statuait aussi dans le même sens. « Toutes les convenances sont d'accord, disait-elle, pour que les cendres de l'épouse reposent à côté de son mari (1). »

Enfin, quelques semaines auparavant, le tribunal de la Seine décidait que le père de la défunte, en faisant exhumer à l'insu de son gendre les restes de sa fille, avait « méconnu le droit prépondérant du mari sur la dépouille de l'épouse et par là manqué essentiellement à ses devoirs comme père » (2).

Il semble que ces trois décisions rendues presque simultanément auraient dû mettre un terme au conflit entre le conjoint et les ascendants. Ceux-ci continuèrent cependant leurs réclamations, et jusqu'en 1865 tous les arrêts, quoi qu'on en ait dit, furent fidèles à confirmer le droit de l'époux (3).

Le jugement du tribunal de la Seine du 4 août 1858 est rendu dans ce sens (4), ainsi qu'un arrêt de la cour de Paris du 27 juin 1862 infirmant une décision du tribunal de Provins, et rédigé en termes fort énergiques, dans une espèce où ce-

(1) C. de Limoges, 7 mars 1852. Lizet-Puex. c. Marbot. D. P. 55. 2. 17.

(2) Trib. de la Seine, 1er janvier 1852. Appert c. Legras. D. P. 55. 5. 410. — Ce jugement ordonnait toutefois, dans l'espèce, le maintien du *statu quo*, pour la raison que le nouvel emplacement où le père avait fait inhumer sa fille n'était éloigné que de quelques mètres du lieu de l'ancienne sépulture, etc... Cette circonstance de fait ne fait pas échec à notre théorie générale, admise par le tribunal sous cette réserve tout exceptionnelle.

(3) Ainsi, l'arrêt de la cour de Paris du 3 août 1858, approuvant un jugement du tribunal de la Seine du 3 avril 1857 et cité comme contraire à la théorie, statue dans un conflit entre le conjoint et les enfants d'un premier lit du prédécédé, et non sur un litige entre le conjoint et les ascendants.

(4) Trib. de la Seine, 4 août 1858. Kiggen c. Lusson. Sirey, 59. 2. 165.

pendant les circonstances de fait étaient en faveur des ascendants (1).

Mentionnons encore un arrêt de la cour de Grenoble du 9 juin 1862, statuant dans le cas particulier où c'est une veuve qui réclame les restes de son époux, tandis que, dans les espèces précédentes, c'est le mari qui agit (2). Enregistrons enfin un jugement du tribunal de la Seine du 17 mars 1866 (3).

37. — Il faut arriver à un arrêt de la cour de Bastia du 17 juillet 1865 pour trouver une décision en sens contraire de toutes celles rendues jusqu'à ce jour (4).

Cet arrêt longuement motivé considère la mère comme préférable au mari, parce que, dans le sentiment général de tous les peuples et de tous les siècles, l'amour conjugal, quelle que puisse être sa vivacité, ne peut se comparer à la tendresse maternelle, surtout après que l'objet de cette double affection a cessé de vivre. La mort de l'un des conjoints, dit-il, mettant fin au mariage, supprime les droits et obligations qui en découlent. Tout lien étant rompu entre les époux, ce qui a appartenu à la femme retourne à sa propre famille si elle n'a pas fait de dispositions contraires. Par cela seul que le mari doit restituer ce qui était la propriété de son épouse, il n'a pas le droit de garder sa dépouille mortelle, car il est naturel que le corps aille où va la fortune. La loi, ajoute l'arrêt, en n'appelant le mari à la succession qu'après les héritiers du douzième degré, a bien montré le cas qu'elle fait de la parenté après la mort du conjoint. En outre, l'obligation de payer les funérailles emporte le droit d'y présider, et par suite

(1) C. de Paris, 27 juin 1862. Vignier. Sirey, 62. 2. 413.
(2) C. de Grenoble, 9 juin 1862. Givord. D. P. 63. 5. 343.
(3) Trib. de la Seine, 17 mars 1866. Gazette des tribunaux, 21 mars 1866.
(4) C. de Bastia, 17 juillet 1865. Blasini c. Mattei. D. P. 66. 2. 177.

de déterminer le mode et le lieu de l'inhumation, et il y aurait inconséquence à ce que l'héritier fît les frais d'une sépulture qui serait accomplie contrairement à ses désirs. Enfin, la cour estimait que si le titre seul de conjoint survivant donnait au mari le droit de disposer des restes de sa femme, à cause de l'attachement présumé entre les deux époux, il faudrait par la même raison accorder le droit semblable à la femme par rapport aux cendres du mari, malgré les réclamations du père et de la mère, ce qu'on n'a pas osé soutenir.

Relevons de suite ce dernier argument. En droit, nous ne voyons pas pourquoi la femme survivante ne serait pas traitée comme le mari, puisque nous raisonnons d'après l'affection réciproque des époux. En fait, cette égalité a parfaitement été soutenue : nous avons en effet observé plus haut que l'arrêt de la cour de Grenoble du 9 juin 1862 statuait dans une espèce où c'était la femme qui avait survécu.

Il faut aussi faire justice de cette étrange allégation qui consiste à dire que l'affection des deux conjoints l'un pour l'autre n'est pas comparable à celle de la mère pour la fille. Qui ne voit qu'il y a là une assertion mal fondée? La cour de Bastia, du reste, nous paraît avoir renversé la proposition logique. Ce n'est pas l'attachement de la mère pour la fille qu'il fallait mettre en regard de l'amour conjugal, mais bien celui de la fille pour la mère. Ce qu'il convenait en somme de rechercher, c'était à qui, de ses parents ou de son mari, la femme est le plus étroitement unie. Poser la question dans ces termes eût été évidemment la résoudre.

Quant à l'argument tiré de ce que la question des funérailles est avant tout une question de succession, et de ce que le droit de les réglementer résulte de l'obligation d'en acquitter les frais, nous répondrons que cette considération ne doit

venir qu'en seconde ligne. Les règles de transmission de succession *ab intestat* doivent être ici écartées. Si le législateur n'appelle le conjoint qu'après les héritiers du douzième degré, ce n'est pas parce qu'il présume moins d'affection chez le *de cujus* pour son époux que pour des successibles aussi éloignés. On sait que c'est par suite d'un malentendu dont nous n'avons pas à faire l'historique, que la loi n'a pas appelé le conjoint à la succession. De ce qu'elle voulait lui faire une situation à part, et a ensuite omis de la régler, il ne s'ensuit pas qu'elle ait voulu l'exclure.

Les autres différentes raisons invoquées par l'arrêt qui nous occupe ont été suffisamment réfutées par les décisions que les cours d'appel ont été à même de rendre dans la suite. « Quelque respectable que puisse être le droit de la mère, di-« sait, peu d'années plus tard, la cour de Nancy (1), il se trouve « primé, dans l'état de nos mœurs, par celui du mari. On ne « comprendrait pas que le lien qui unit les époux pendant « leur vie, perdît au décès toute sa puissance pour rendre en « quelque sorte étrangers l'un à l'autre ceux que la nature, « la religion et la loi avaient étroitement unis. En consentant « au mariage de sa fille, la mère abdique ses droits person-« nels au profit de son gendre. D'un autre côté, en acceptant « ou en choisissant celui qui va devenir son époux, la fille ne « s'oblige pas seulement à l'aimer plus que sa mère, à l'hono-« rer, sinon comme un maître, du moins comme un protecteur, « comme un appui, comme un guide, et à l'aider toujours « dans la mesure de ses ressources, de ses aptitudes, de ses « forces ; elle s'oblige encore à n'avoir plus d'autre domicile « que le sien ; et cette obligation de se rendre partout où il

(1) C. de Nancy, 14 août 1869. Bétrilly c. Bazoche. D. P. 69. 2. 233.

« voudra se rendre implique l'idée nécessaire qu'il reste le « maître de déterminer le lieu de sa sépulture, puisque le « lieu de la sépulture est ordinairement le lieu du décès, et « le lieu du décès celui du domicile du mari. »

L'arrêt de la cour de Bastia est demeuré isolé. La jurisprudence s'est définitivement prononcée dans le sens que nous avons exposé, et sur ce point nous pouvons conclure, suivant les termes d'un récent jugement (1), « qu'en l'absence d'une manifestation expresse, on présume l'époux survivant... avoir été le confident de son conjoint et le dépositaire de ses dernières volontés. »

38. — Une explication est ici nécessaire. On dit souvent que la jurisprudence, tout en proclamant le droit en question, reconnaît aux tribunaux, en cas de conflit entre le conjoint et les ascendants ou héritiers du défunt, un pouvoir souverain d'appréciation. La formule, énoncée en ces termes généraux, serait inexacte et contradictoire. Il faut la ramener à sa véritable portée qui se résume de la manière suivante : Le conjoint a le droit de disposer de la dépouille mortelle du prédécédé à l'exclusion des ascendants ; mais il peut y renoncer expressément ou tacitement. Dans ce dernier cas, c'est aux tribunaux d'apprécier les circonstances de fait d'où l'on peut induire la renonciation.

Ainsi, dans l'arrêt du 5 avril 1851 que nous avons cité, la cour de Lyon concluait que le paiement par le mari des frais de la première sépulture était « la preuve de l'assentiment de celui-ci à ce qui fut fait alors ».

De même, l'arrêt de la cour de Limoges du 7 mars 1852,

(1) Trib. d'Amiens, 17 novembre 1881. Milly c. Daigny. Sirey, 82. 2. 118; et C. de Paris, 19 août 1881. Sirey, 83. 2. 245.

repoussant, dans une espèce analogue à la précédente, la demande d'exhumation faite par le mari, établit qu'il résulte des renseignements produits par lui que c'est de son plein consentement que son épouse a été enterrée à tel endroit, « sans qu'alors rien n'atteste que ce fût à titre provisoire dans sa volonté ».

Les autres décisions de la jurisprudence rendues dans des hypothèses semblables statuent dans les mêmes conditions. Partout où la demande du conjoint est écartée, les tribunaux invoquent une renonciation.

39. — Il est cependant un arrêt de la cour de Grenoble admettant une fin de non-recevoir nouvelle et que nous ne pouvons qu'approuver (1). Dans l'espèce, la veuve, après avoir fait inhumer son mari dans le terrain où elle voulait être enterrée elle-même, s'était remariée, et la famille du défunt revendiquait ses restes. La cour considéra que le second mariage de la veuve, dans les circonstances où il s'était accompli, avait été l'abdication de ses droits d'épouse sur la dépouille mortelle de son premier époux.

40. — Faut-il en dire autant du cas où les conjoints étaient séparés de corps ? Nous croyons qu'alors le droit de l'époux survivant s'inclinera devant celui des ascendants. Le jugement de séparation a mis fin à la vie commune ; il a assigné à la femme un domicile distinct ; il a fait cesser l'intimité réciproque, base du droit que nous avons établi. On doit évidemment en dire autant dans l'hypothèse du divorce. Il n'est plus possible alors de supposer, d'après l'expression citée plus haut, que le survivant a été le confident du prédécédé et le dépositaire de ses dernières volontés.

(1) C. de Grenoble, 9 juin 1862. D. P. 63. 5. 343.

§ III. — *Conflit entre le conjoint et les descendants, entre les ascendants et les descendants, entre les ascendants et les collatéraux, entre les collatéraux.*

41. Entre le conjoint et les descendants.
42. Entre les ascendants et les descendants, les ascendants et les collatéraux.
43. Entre les collatéraux.
44. Hypothèse du concours de personnes ayant les mêmes droits.
45. Hypothèse d'un légataire universel.

41. — Les mêmes raisons qui nous ont décidé à préférer le conjoint aux ascendants du défunt, nous déterminent à le faire passer avant ses descendants. La situation de l'époux survivant, en droit et en fait, ne se trouve pas modifiée ; il a toujours en sa faveur la vie commune avec les droits qu'elle entraîne, et cette présomption qu'il a été le plus intime confident du *de cujus*. Cette manière de voir a été consacrée par un jugement du tribunal d'Amiens du 17 décembre 1881 (1).

Nous ne saurions donc approuver une décision confirmée par la cour de Paris, qui considère les descendants et le conjoint comme ayant un droit égal qu'il appartient aux tribunaux de régler en fait, au cas de conflit (2). Le litige se présentait entre le second mari et le gendre d'une femme décédée, et fut tranché suivant la réclamation de ce dernier. On invoquait bien certaines circonstances de fait, desquelles il semblait résulter que la défunte avait institué son gendre légataire universel, et avait pris avec lui diverses mesures impliquant de sa part une mission tacite qu'elle lui confiait

(1) Trib. d'Amiens, 17 décembre 1881. Sirey, 82. 2. 118.

(2) Trib. de la Seine, 3 avril 1857. Dagincourt c. Proche. D. P. 58. 3. 54 ; et C. de Paris, 23 août 1858. D. P. 58. 5. 330.

au sujet de sa sépulture. Nous doutons cependant que ces circonstances fussent suffisantes pour faire échec au droit du mari, et surtout permissent de proclamer un principe en opposition absolue avec la théorie que nous soutenons.

42. — Quand le conflit s'élève entre ascendant et descendant, nous pensons encore, avec le jugement du tribunal d'Amiens, que les ascendants doivent avoir la direction des funérailles. Dans la pratique, l'hypothèse sera rare, car presque toujours les enfants prendront eux-mêmes le soin pieux de la sépulture de leurs parents. Mais si le conflit vient à naître, nous croyons juste de nous prononcer en faveur des ascendants. Il y a d'abord une raison de déférence : au point de vue des convenances et des mœurs, ils sont toujours les chefs de la famille. Il y a aussi de leur côté cette présomption morale, dont le législateur s'est souvent inspiré, que l'affection descend plutôt qu'elle ne remonte.

Certains auteurs estiment que l'on doit suivre la loi de succession (1). D'après eux, entre ascendants et descendants, la volonté de ces derniers devrait donc l'emporter ; entre ascendants privilégiés et frères et sœurs, les tribunaux interviendraient pour décider la question selon les circonstances de fait. Nous ne saurions admettre cette opinion qui s'inspire de l'idée fausse, suivant nous, qu'il faut transporter ici l'ordre successoral. Ce système, nous l'avons vu, ne conduit à rien moins qu'à rejeter le conjoint après l'héritier du douzième degré. Nous persistons donc à donner le pas aux ascendants sur tous descendants et collatéraux, privilégiés ou non.

43. — Enfin, si le conflit se produit entre collatéraux, nous

(1) Roux, op. cit., p. 333.

donnerons la préférence au plus proche en degré, non point peut-être parce que tel est l'ordre successoral, mais par application de l'idée plus haute qui a inspiré cet ordre. Nous voulons parler de l'affection qui est présumée aller en s'affaiblissant en raison de l'éloignement de la parenté. Cette solution est conforme au jugement du tribunal d'Amiens du 17 décembre 1881, et à un autre jugement du tribunal de Lyon du 29 juillet 1874 (1).

44. — Il nous reste, pour en finir avec cet ordre d'idées, à examiner deux hypothèses :

En premier lieu, il se peut qu'il y ait plusieurs personnes ayant des droits égaux et qui ne s'accordent pas. Nous avons vu que le père et la mère se sont trouvés en contradiction ; le même fait peut se présenter entre deux ascendants appartenant à des lignes différentes, ou entre deux enfants, ou encore entre deux collatéraux du même degré. Que faudra-t-il décider ?

A notre avis, il n'y aura qu'à étendre la solution donnée à propos du conflit entre le père et la mère. Les tribunaux interviendront et trancheront la question en fait. Ils s'inspireront des habitudes du défunt, de ses actes, et rechercheront le mode de sépulture le plus conforme à ces précédents. Ce cas est le seul où nous donnons au juge un droit d'appréciation que certains auteurs lui accordent avec plus de facilité.

45. — En second lieu, attribuerons-nous un droit au légataire universel ? Nous nous sommes prononcé plus haut dans un cas où le conflit s'élevait entre un légataire et la mère du *de cujus* (2). Nous avons approuvé la décision qui donnait

(1) Trib. de Lyon. 29 juillet 1874, cité par L. Roux, p. 350.
(2) V. suprà, n° 12. — C. de Paris, 19 août 1881. Sirey, 83. 2. 245.

raison à la mère, en se fondant sur ce que le testament ne précisait pas suffisamment le rôle du légataire au point de vue des funérailles. Généralisons maintenant la question. De deux choses l'une : ou il y a mission expresse donnée au légataire, et cette disposition, si elle n'a pas été révoquée expressément ou tacitement, écarte les parents les plus rapprochés ; ou il n'y a pas de disposition semblable, et dans tous les cas le légataire universel doit se retirer devant tous les autres ayants droit, quelque éloignés qu'ils soient (1).

(1) Trib. de Reims, 20 juillet 1883. Pierlot c. Laurent. Sirey, 84. 2. 87.

CHAPITRE II.

DES FORMALITÉS ET CÉRÉMONIES QUI ACCOMPAGNENT LES FUNÉRAILLES.

ARTICLE I.

Formalités préliminaires.

46. Division.

46. — Les textes qui régissent la matière dont nous avons à nous occuper imposent des obligations, d'une part à la personne qui procède aux funérailles du défunt, et d'autre part à l'officier de l'état civil. Nous les examinerons successivement.

§ I. — *Obligations imposées à celui qui procède aux funérailles.*

A. — De la déclaration de décès.

47. Différences avec la déclaration de naissance.
48. De l'acte de décès.
49. Hypothèse de l'enfant mort-né. Controverse.

47. — La première formalité dont la loi requiert l'accomplissement après le décès d'une personne est la déclaration qui doit en être faite à l'officier de l'état civil (art. 78 Code civ.). Le Code établit un lien étroit entre l'observation de cette injonction et la délivrance du permis sans lequel toute inhumation est impossible. Il en résulte, avec les déclarations de naissance, un certain nombre de différences qu'il nous faut signaler.

1° Quand il s'agit du décès, la loi ne dit pas à quelles personnes la déclaration s'impose. Ces personnes sont en effet celles qui se chargent des soins de la sépulture, c'est-à-dire celles qui, pour remplir leur mission, ont besoin de l'autorisation d'inhumer.

2° Il n'y a pas de sanction pour le défaut de déclaration du décès dans un délai déterminé, tandis que l'article 55 du Code civil enjoint de faire inscrire la naissance dans les trois jours qui la suivent. Ce point est d'autant plus à remarquer que ce délai de trois jours était celui prescrit par la loi du 19 décembre 1792, sous peine de deux mois de prison. La raison de la différence est que le permis d'inhumer délivré par le maire implique déclaration préalable du décès : or, comme le cadavre ne peut être conservé que pendant un laps de temps très restreint, on est sûr que la déclaration ne subira généralement pas de retard.

3° Enfin, la loi exige pour la naissance un déclarant et deux témoins ; pour le décès, deux témoins suffisent. L'article 78 émet seulement le vœu qu'ils soient les proches parents ou voisins du défunt, et que si celui-ci est mort hors de son domicile, l'un d'eux soit la personne chez laquelle il est décédé. Ces personnes sont celles qui peuvent donner les renseignements les plus précis sur l'individualité du défunt ; la loi les qualifie de témoins, mais il nous semble que ce ne sont réellement que des déclarants, et qu'on ne doit pas réclamer d'eux les conditions exigées des témoins dans les actes de l'état civil (1).

48. — Nous n'avons pas à entrer dans les détails relatifs à

(1) Aubry et Rau, Droit civil, 4e édit. t. 1, p. 205. Contrà : Demolombe, Code civil, t. I, p. 478.

la rédaction de l'acte de décès, qui doit énoncer tout ce qui est requis par les règles générales sur cet objet. (Art. 79 C. civ.) Nous n'examinerons pas notamment la controverse sur le point de savoir si mention doit être faite de l'heure de la mort, mention que la loi n'a pas rendue obligatoire à dessein, mais qu'elle n'a pas interdite absolument, croyons-nous, et qui, consignée, peut fournir des éléments de preuve importants. En principe, l'officier d'état civil doit rédiger l'acte immédiatement et avant de délivrer le permis d'inhumer. On s'est demandé si, au cas où cet ordre n'aurait pas été observé, il ne serait pas nécessaire de recourir aux tribunaux pour être autorisé à faire l'inscription de l'acte. Suivant une opinion, on ne pourrait procéder alors que par voie de rectification (1).

49. — Un décret du 4 juillet 1806 prévoit le cas où il s'agit d'un enfant mort-né. Dans cette hypothèse, dit-il, « le cadavre dont la naissance n'a pas été enregistrée, sera présenté à l'officier de l'état civil. Celui-ci n'exprimera pas qu'un tel enfant est décédé, mais seulement qu'il lui a été présenté sans vie. Il recevra de plus la déclaration des témoins touchant les noms, prénoms, qualités et demeures des père et mère de l'enfant, et la désignation des an, jour et heure auxquels l'enfant est sorti du sein de sa mère. Cet acte sera inscrit à sa date sur les registres de décès, sans qu'il en résulte aucun préjugé sur la question de savoir si l'enfant a eu vie ou non ».

Le cas ne soulève pas de difficultés lorsque l'enfant mort-né est cependant venu à terme. Les auteurs et la jurisprudence sont d'accord pour décider que la déclaration devra

(1) Aubry et Rau, t. I, § 61, p. 205. — Trib. de Bourgoin, 7 juillet 1883. Revue générale d'administration, 1883, t. III, p. 79.

être faite, et qu'il sera nécessaire de prendre l'autorisation du maire pour procéder à l'inhumation. Mais que résoudre quand l'enfant est né avant terme, et comment déterminer exactement le point où commence l'obligation d'accomplir les formalités dont nous parlons?

Suivant une première opinion, émise par les cours de Grenoble et de Metz (1), et par celle de Paris en 1865 (2), l'enfant mort-né, « à quelque époque que la gestation soit parvenue, pourvu qu'il ait les formes d'un être humain organisé », devra être présenté à l'officier de l'état civil, qui sera seul juge de la question de savoir s'il y a lieu d'appliquer les prescriptions légales. Deux arrêts de 1868 se prononcent dans le même sens (3); et, à propos de l'un d'eux, le ministère public résumait son avis de la manière suivante : « La distinction entre l'embryon inorganisé et le fœtus est la seule admissible; et vouloir distinguer entre les diverses phases de formation de celui-ci serait réduire la loi à l'impuissance ». Notons encore deux décisions, l'une d'Amiens le 20 décembre 1873 (4), l'autre d'Agen le 6 août 1874 (5), qui donnent la même solution, en s'appuyant, comme dans les espèces précédentes, sur le fait que l'enfant était formé dans ses organes essentiels.

Le défaut capital du système consacré par les arrêts que nous venons de citer consiste en ce qu'il ne fournit pas de règle précise. Aussi a-t-on cherché un autre criterium : on

(1) C. de Grenoble, 22 janvier 1844. Muret et Courbassier. D. A. Actes de l'état civil, n° 510. — C. de Metz, 24 août 1854. Fuss. D. P. 54. 5. 431.

(2) C. de Paris, 15 février 1865. Deranger. D. P. 65. 2. 138.

(3) C. de Chambéry, 29 février 1868. Charlety. D. P. 71. 2. 54.— C. de Dijon. 16 décembre 1868. Bellemand. D. P. 69. 2. 35.

(4) C. d'Amiens, 20 décembre 1873. Caron. D. P. 74. 5. 175.

(5) C. d'Agen, 6 août 1874, Dardenne. D. P. 75. 5. 176.

a dit qu'il faut examiner la viabilité de l'enfant, et particulièrement cette viabilité au point de vue de la grossesse. La thèse paraît avoir été soutenue pour la première fois, le 10 février 1870, par la cour de Grenoble, lorsqu'elle déclara « qu'on ne saurait donner la qualification légale d'enfant à un fœtus ou embryon de cinq ou six mois qui n'aurait pu vivre de la vie extra-utérine » (1).

Enfin, le 7 août 1874, la cour de cassation, jetant un nouvel élément de solution dans la cause, décidait que l'enfant ne pouvait être réputé viable que s'il comptait au moins 180 jours de gestation (2). On a vivement protesté, dans la doctrine, contre cette application extensive des articles 312 et suiv. du Code civil, articles consacrant des présomptions qui, a-t-on dit, doivent être restreintes aux cas visés par la loi, c'est-à-dire à ceux où il s'agit de prouver une filiation légitime. Procéder autrement, c'est faire acte de droit prétorien. Nous n'admettons pas, quant à nous, cette critique, et elle ne nous ferait pas hésiter à accepter le système de la cour suprême. La présomption de l'article 312, en effet, nous paraît avoir un caractère général qui la différencie du commun des présomptions, et permet de l'appliquer à d'autres hypothèses que celle de la preuve de filiation légitime. Sous la plume des rédacteurs, elle a été énoncée à propos de la première application qu'ils avaient à en faire; mais dans leur pensée elle domine le Code tout entier. Leur but était de trancher, une fois pour toutes, des difficultés d'appréciation fréquentes dans la pratique, et sources de procès presque toujours scandaleux. Or les débats ne sont pas moins délicats s'ils ont pour objet de calculer la durée de la gestation pour une question

(1) C. de Grenoble, 10 février 1870. Meneyrou. D. P. 71. 2. 35.
(2) C. de cassation, 7 août. 1874. Bohard. D. P. 75. 1. 8.

d'application de l'article 358 du Code pénal, ce qui est notre cas.

Mais une autre considération nous fait combattre la théorie de la cour de cassation. Lorsqu'il s'agit d'une question de filiation, on a un point de départ certain pour le calcul des délais de l'article 312 du Code civil : c'est le mariage des époux. De même quand il faut rechercher, en matière d'attribution de succession, si le *de cujus* et le successible posthume se sont rencontrés dans la vie, le point de départ est la mort du *de cujus*. Mais, dans l'hypothèse qui nous occupe, ce point initial manque absolument. Pour que la présomption pût servir d'élément de décision, il faudrait connaître l'époque précise de la conception, ce qui est impossible. Nous écarterons donc l'application faite par la cour de cassation, et nous nous en tiendrons au principe, admis du reste par elle, de l'arrêt de la cour de Grenoble du 10 février 1870. La viabilité de l'enfant venu avant terme sera donc le criterium suivant lequel il y aura lieu ou non à faire la déclaration de décès et à demander le permis d'inhumer (1).

Un mot encore au sujet de l'hypothèse qui vient de nous occuper. La mère est dispensée par la loi de déclarer la naissance de son enfant; mais elle ne l'est point d'en faire connaître le décès et de se munir de l'autorisation d'inhumer. Nous estimons toutefois que lorsqu'il s'agit d'un enfant mort-né, la dispense trouve ici son application. Suivant la cour de cassation, la loi, en n'exigeant pas de la mère l'obligation de déclarer la naissance, a pris une disposition « qu'explique pleinement l'état de la mère, à l'égard de laquelle une pareille

(1) En ce sens, Boitard, Code pénal, n° 460. — Morin, Répertoire d'instruction criminelle, v° Accouchement, n° 2. — Faustin-Hélie, Théorie du Code pénal 5e édit., t. IV, n° 1762, p. 474.

injonction blesserait les ménagements que réclame la gravité de sa situation » (1). Ces motifs se retrouvent évidemment dans le cas de l'enfant mort-né. Si les tribunaux ne se sont pas directement prononcés sur ce point, la cour suprême a rendu une décision qui concorde avec notre opinion, et suivant laquelle « l'article 346 du Code pénal, qui punit le défaut de déclaration de naissance de la part de toute personne ayant assisté à l'accouchement, est applicable au cas où l'enfant était mort-né » (2).

Expliquons-nous maintenant d'une manière directe sur la question du permis d'inhumer, que plusieurs fois déjà nous avons dû joindre à celle de la déclaration de décès, ces deux formalités étant, comme nous l'avons dit, liées d'une étroite connexité.

B. — Du permis d'inhumer.

50. Double intérêt de la disposition.
51. Sa sanction dans l'article 358 C. pén.
52. S'applique-t-elle au ministre du culte qui procède à la sépulture sans avoir reçu le permis ?
53. Les circonstances de fait sont-elles un élément d'excuse ?
54. L'absence de bonne foi n'est pas nécessaire pour l'application de l'art 358 C. pén.
55. Inhumations tardives.
56. Aggravation de peine en cas de crime ou de délit.

50. — L'article 77 du Code civil est ainsi rédigé : « Aucune inhumation ne sera faite sans une autorisation sur papier libre et sans frais, de l'officier de l'état civil, qui ne pourra la délivrer qu'après s'être transporté auprès de la personne décédée, pour s'assurer du décès, et que vingt-quatre heures

(1) Cassat. 10 septembre 1847. Arrix. D. P. 47. 1. 302.
(2) Cassat. 2 septembre 1843. Muret. D. P. 44. 1. 161.

après le décès, hors les cas prévus par les règlements de police ».

Cette disposition est dictée par un double intérêt. C'est d'abord celui du *de cujus* ; en imposant à l'officier d'état civil la mission de s'assurer préalablement du décès, la loi a voulu prévenir le danger de l'inhumation précipitée. Il y a aussi un intérêt général en cause. L'officier d'état civil est en même temps officier de police judiciaire : or l'examen du corps lui permettra de rechercher la cause du décès. Si cet examen fait naître quelque soupçon et lui donne lieu de supposer que la mort n'est pas naturelle, il refusera le permis, ordonnera l'autopsie et préviendra le ministère public.

51. — Cette obligation de se faire autoriser à procéder à l'inhumation est sanctionnée par l'article 358 du Code pénal : « Ceux qui, sans l'autorisation préalable de l'officier public, dans le cas où elle est prescrite, auront fait inhumer un individu décédé, seront punis de six jours à deux mois d'emprisonnement, et d'une amende de seize francs à cinquante francs, sans préjudice de la poursuite des crimes dont les auteurs de ce délit pourraient être prévenus dans cette circonstance. La même peine aura lieu contre ceux qui auront contrevenu, de quelque manière que ce soit, à la loi et aux règlements relatifs aux inhumations précipitées ».

La sévérité de la peine prononcée accuse le prix que le législateur attache à l'observation de la règle qu'il a posée. Ce n'est pas là, du reste, une innovation du Code de 1810 ; nous trouvons des dispositions analogues dans le décret du 4 thermidor an XIII (23 juillet 1805, article unique). Il faut remarquer toutefois qu'il existe d'importantes différences entre les deux textes. Ainsi, la violation du décret de l'an XIII n'en-

traînait qu'une peine de simple police ; celle de l'article 77 C. civ., combiné avec l'article 358 C. pén., donne lieu à une peine correctionnelle. D'autre part, tandis que le décret de l'an XIII frappait toute personne qui, à un titre quelconque, avait prêté son concours à la sépulture, l'article 358 semble n'atteindre que ceux qui ont procédé à l'inhumation proprement dite, mais non ceux qui ont seulement joué un rôle dans les cérémonies des funérailles.

52. — Cette dernière question s'est présentée devant les tribunaux à propos du ministre du culte qui aurait accompli les fonctions religieuses de la sépulture avant que le permis d'inhumer n'ait été délivré par l'autorité civile.

La cour de cassation a décidé qu'il ne tombait pas sous le coup de l'article 358, qui, « ne parlant que de ceux qui ont fait inhumer un individu décédé, n'a eu en vue que ceux qui ont quelque intérêt à l'inhumation, et ne s'applique pas aux curés, desservants et pasteurs qui ne font que lever les corps et les accompagner hors des églises et des temples (1) ». On faisait remarquer avec raison la différence de rédaction de notre article avec celle du décret du 4 thermidor an XIII. « Il est défendu, dit ce dernier, à toutes les fabriques, églises, consistoires ou autres ayants droit de faire les fournitures requises pour les funérailles, de livrer lesdites fournitures ; à tous curés, desservants et pasteurs d'aller lever les corps ou de les accompagner hors églises et temples, qu'il ne leur apparaisse de l'autorisation donnée par l'officier d'état civil pour l'inhumation. »

Mais, tout en établissant que le fait incriminé échappait à l'application de l'article 358 C. pén., la cour de cassation dé-

(1) Cassat. 27 janvier 1832. Moussier. D. P. 32. 1. 166.

clarait qu'il était compris parmi ceux visés par le décret de l'an XIII, et qu'à ce titre il constituait une contravention ayant la sanction attachée par l'article 471, § 15, du Code pénal à tous les règlements faits par l'autorité administrative (1).

53. — Les juges ont eu à se prononcer sur la question de savoir si la personne qui a fait procéder à une inhumation sans autorisation ne pourrait pas invoquer certaines excuses. Elle fut résolue une première fois par le tribunal de police correctionnelle de Marennes, dans le sens de la négative. Il constatait cependant que le prévenu avait plusieurs fois réclamé le permis, que la mairie était alors fermée, le maire absent ainsi que son secrétaire, et que d'autre part le corps du défunt était dans un état de décomposition très avancée. Mais il décidait avec raison que ces différents faits, tout favorables qu'ils fussent à l'inculpé, ne pouvaient que servir de base à une application très large des circonstances atténuantes, sans enlever à l'acte même de l'inhumation non autorisée son caractère délictueux (2).

Par une singulière coïncidence, la même juridiction, appelée trois ans plus tard à juger un délit du même genre, statua en sens inverse. Elle prononça l'acquittement du prévenu en se fondant sur cette raison principale que l'article 358 du

(1) Cf. Circulaire ministérielle du 18 décembre 1850.

En dehors de la répression de la contravention, le ministre du culte, d'après les Articles organiques, serait encore dans le cas d'une déclaration d'abus. (Loi du 18 germin. an X, art. 6.)

Ces deux poursuites se cumuleront-elles ? La répression de la contravention devra-t-elle être précédée de la déclaration d'abus, ou réciproquement ? Question très discutée, dont l'hypothèse présente n'est qu'une des moindres applications, et dont l'examen nous entraînerait hors de notre cadre. Cf. Ducrocq, Droit administratif, 6e édit. t. I, p. 680.

(2) Trib. de Marennes, 11 octobre 1881. Tort. D. P. 84. 2. 189.

Code pénal ne serait applicable que dans le cas d'inhumation dissimulée à l'autorité, tandis que, dans l'espèce, le maire avait été averti et sollicité (1).

Sur l'appel du ministère public, la cour de Poitiers réforma le jugement du tribunal, et déclara que l'infraction de l'article 358 est une contravention matérielle qui ne peut être excusée par la bonne foi du prévenu ou par la nécessité pressante de donner la sépulture à une personne décédée depuis plusieurs jours, et que le refus persistant du maire de délivrer le permis d'inhumer ne peut avoir pour conséquence de permettre à celui qui le réclame d'agir sans autorisation.

En annotant la décision qui précède, M. Ducrocq approuve sans réserve la doctrine de la cour de Poitiers, dont nous admettrons l'opinion, quoiqu'en fait l'application des principes puisse conduire parfois à des conséquences extrêmes. Il paraît bien certain en effet que l'article 358 ne distingue pas, et que dans tous les cas, qu'il y ait ou non inhumation clandestine, le fait d'agir sans autorisation constitue un délit. Les motifs de ce texte écartent, du reste, toute idée de distinction. Le législateur a voulu avant tout éviter les inhumations précipitées de personnes frappées seulement d'une mort apparente ; il a voulu aussi faciliter la recherche des crimes ou délits dont la mort serait la conséquence. Ces deux raisons existent dans tous les cas : donc, dans tous les cas, l'article 358 est applicable.

54. — L'esprit des dispositions qu'il énonce est tellement rigoureux que les auteurs admettent que ce fait de procéder à la sépulture sans la permission requise, quoique classé comme délit correctionnel, participe de la contravention en ce sens que l'intention frauduleuse chez le prévenu n'est pas

(1) Id. 7 avril 1884. D. P. 84. 2. 194.

une condition d'application de la peine. « Celle-ci est directement attachée au fait même de l'inhumation sans autorisation préalable d'un individu décédé, sans que le juge puisse avoir égard aux circonstances de la cause autrement que pour l'application de l'article 463 du Code pénal (1). » C'est ce que répète la cour de Poitiers dans l'arrêt précité.

55. — Est-ce à dire que, le maire refusant l'autorisation, il y aura impossibilité absolue d'accomplir l'inhumation devenue urgente sans commettre le délit visé par l'article 358 du Code pénal? La loi du 5 avril 1884 a remédié à cette situation d'une façon efficace dans son article 93, en investissant le préfet ou le sous-préfet, à défaut du maire, de l'obligation « de pourvoir d'urgence à ce que toute personne décédée soit ensevelie et inhumée décemment, sans distinction de culte ni de croyance ». Nous n'avons plus dès lors à nous occuper des controverses que la nouvelle loi a tranchées par cette disposition très claire. « Le législateur, dit l'instruction ministérielle du 15 mai 1884, veut que dans le cas où, au sujet de l'ensevelissement et de l'inhumation d'une personne décédée, des difficultés s'élèvent, des retards trop considérables se produisent, notamment parce qu'elle est inconnue ou délaissée, le préfet dans l'arrondissement chef-lieu, et le sous-préfet dans les autres arrondissements, prennent les mesures qu'exigent soit le bon ordre, soit la décence publique, si le maire refuse ou néglige de les prescrire... » (2). Le danger, et dans certains cas le scandale des inhumations tardives, se trouvent donc conjurés.

(1) Ducrocq, Note sur l'arrêt précité. D. P. 84. 2. 187. — Faustin-Hélie, Théorie du Code pénal, 5e édit. t. IV, n° 1760, p. 473. — Blanche, Etudes pratiques sur le Code pénal, n° 330, t. V, p. 370.

(2) Bulletin officiel du ministère de l'intérieur, 1884, p. 259.

56. — L'article 359 du Code pénal porte que « quiconque aura recélé ou caché le cadavre d'une personne homicidée ou morte des suites de coups ou blessures, sera puni d'un emprisonnement de six mois à deux ans, et d'une amende de cinquante francs à quatre cents francs, sans préjudice de peines plus graves, s'il a participé au crime ». Il n'y a pas, du reste, à rechercher si le recéleur a eu l'intention coupable ou non, ou encore si l'homicide a été volontaire ou commis par imprudence ; ces circonstances seront indifférentes à la cause (1).

Nul doute que cet article ne s'applique au cas où un individu aurait accompli clandestinement la sépulture dans ces conditions. L'inhumation dissimulée doit évidemment être punie de peines plus particulièrement sévères lorsque le défunt est décédé à la suite d'un crime ou d'un délit.

§ II. — *Obligations imposées à l'officier de l'état civil.*

7. Constatation du décès.
58. Règlement des frais de visite du médecin.
59 Disposition spéciale de la loi de 1813 sur la police des mines.
60. Délai entre le décès et la sépulture.

57. — L'officier d'état civil, aux termes de l'article 77, devra d'abord se transporter auprès du défunt pour constater le décès.

Les auteurs sont unanimes à critiquer cette disposition qui, si elle était appliquée rigoureusement, ne donnerait presque jamais le résultat que le législateur s'est proposé. On a voulu éviter les sépultures prématurées des personnes en état de catalepsie, et faire examiner d'autre part si la mort est natu-

(1) Cassat. 26 mai 1885. Morin. D. P. 55. 1. 224.

relle ou n'est pas due au contraire à une cause susceptible d'éveiller les soupçons de la justice répressive. Or, l'accomplissement de cette mission implique l'intervention d'un homme de l'art et non du maire. Il en résulte que celui-ci ne se conforme presque nulle part aux prescriptions de l'article 77. Dans les grandes villes, il y a un service spécial organisé par l'administration municipale qui délègue des médecins désignés pour la constatation du décès ; ailleurs, c'est celui qui a soigné le malade qui atteste la mort et ses causes par déclaration signée qu'il couvre de sa responsabilité. Quelque confiance que ces deux manières de procéder puissent en fait inspirer, en droit elles ne sont point légales. Dans les campagnes, on va plus loin encore : l'officier d'état civil délivre le permis d'inhumer sur la simple déclaration des intéressés.

En présence de l'inobservation générale de la loi et des dangers qui en sont la conséquence, le législateur devrait intervenir. Il lui suffirait d'obliger l'officier d'état civil à se faire présenter un certificat d'un homme de l'art dont la visite serait payée par la caisse communale, à l'égard de laquelle cette indemnité serait classée comme dépense obligatoire.

58. — On s'est demandé, à ce propos, par qui, dans l'état actuel de la législation, doivent être acquittés les honoraires du médecin commis par le maire. C'est un point qui est réglé ordinairement par le vote du Conseil municipal ; mais ce n'est pas une dépense obligatoire, et si le maire la faisait de ce chef sans y être autorisé, le Conseil serait en droit de laisser la dette à la charge de l'officier d'état civil qui a fait accomplir par un autre la tâche que la loi en définitive lui imposait. En conséquence le médecin, réclamant ce qui lui est dû, peut

agir personnellement contre le maire devant les tribunaux judiciaires.

Il ne faut pas évidemment confondre cette situation avec l'hypothèse où le maire, soupçonnant un crime, aurait ordonné un examen spécial ou l'autopsie du cadavre. Il agit alors, non plus comme officier d'état civil, mais comme officier de police judiciaire, en vertu de la mission qui lui est confiée par le Code d'instruction criminelle. Dans ce cas, les tribunaux judiciaires sont incompétents, et c'est par la voie administrative que l'indemnité du médecin doit être demandée (1).

59. — Notons encore sur ce point les articles 18 et 19 de la loi du 14 janvier 1813 sur la police de l'exploitation des mines, qui obligent rigoureusement l'officier d'état civil à se transporter auprès du décédé, sauf le cas d'impossibilité absolue.

60. — L'officier d'état civil doit enfin veiller à ce qu'un intervalle de vingt-quatre heures au moins sépare le décès et l'inhumation (art. 77 C. civ.). En cas de mort subite, ce délai est doublé. Il peut être encore prolongé quand le maire estime qu'il y a des indices de mort violente. Cette règle a une sanction dans l'article 358 du Code pénal, car, si le maire délivrait le permis avant l'expiration du délai légal, il pourrait être poursuivi comme étant de ceux « qui ont contrevenu d'une manière quelconque à la loi et aux règlements relatifs aux inhumations précipitées ». Observons cependant que la loi admet des hypothèses où, à raison de l'urgence, par exemple en temps d'épidémie, dans le cas de maladie infectieuse ou de décomposition rapide du corps, ce délai peut

(1) Cassat. 19 juin 1816.

être abrégé. Le maire apprécie souverainement ces circonstances.

Quant au point de départ du calcul des vingt-quatre heures, il résulte bien des termes de l'article 77 que c'est le moment du décès et non celui de la déclaration à l'officier d'état civil. Telle est, du reste, l'opinion de presque tous les auteurs. On peut, il est vrai, objecter que l'acte d'état civil ne contient pas l'heure du décès. Mais autre chose est l'acte de décès, autre chose l'autorisation d'inhumer. Le premier restera pour produire des effets en quelque sorte continus, longtemps après sa rédaction, et quand les moyens de vérifier ses énonciations feront défaut : on conçoit dès lors que la loi tienne en suspicion la déclaration des parents. Mais quand il s'agit d'un permis d'inhumer, l'acte n'a qu'un intérêt très différent, il ne produira d'effet que sur le moment ; rien n'est plus facile, au surplus, que de contrôler le dire des déclarants.

ARTICLE II.

Accomplissement des funérailles.

61. Rôle du maire.
62. Refus de prières de la part de l'autorité ecclésiastique. Point de droit.
63. Point de fait.
64. Circulaires ministérielles sur la matière.

61. — Comme magistrat chargé de la police municipale, le maire a le devoir d'assurer le respect des funérailles, quelle qu'en soit la forme, qu'elles soient religieuses ou purement civiles (art. 93 de la loi du 5 avril 1884). Mais, en vertu de ce même droit de police, il peut les traiter en manifestations politiques quand elles prennent ouvertement ce caractère, in-

terdire la circulation du cortège, s'opposer au déploiement de certains emblèmes quand il juge qu'il y a là une occasion véritable de trouble pour la tranquillité publique dont il répond (1). Ce droit lui appartient incontestablement, et le blâme ne saurait lui être adressé qu'au sujet des fausses applications qu'il en ferait Dans ce cas, il ne relève que de l'autorité et des juridictions administratives ; s'il en était autrement, le principe de la séparation des autorités subirait une atteinte. L'acte étant administratif, les tribunaux judiciaires ne peuvent en connaître.

Sous ces réserves, c'est au maire qu'il appartient de fixer l'heure du convoi et l'itinéraire qu'il suivra. Dans la pratique cette désignation sera l'œuvre commune de l'administration des pompes funèbres, de l'autorité religieuse et de la famille du décédé; l'autorité municipale n'aura qu'à l'approuver en la visant dans le permis d'inhumer. Il faut toutefois reconnaître au maire le droit d'intervenir pour tout ce qui concerne la police et le maintien de l'ordre public. Il n'excéderait donc pas les limites de son mandat en modifiant, s'il en était besoin, l'heure et la marche du cortège ; mais il est évident qu'il ne doit user de son droit qu'avec beaucoup de ménagements.

62. — Un conflit d'une nature toute spéciale peut être soulevé à propos des cérémonies des funérailles, non plus entre la personne qui préside à celles-ci et l'autorité civile, mais avec l'autorité religieuse. La famille demande la présence du ministre du culte, et celui-ci refuse son concours. C'est là une question qui, à certaines heures, a préoccupé vivement l'opinion publique. Pour la trancher on a produit nombre de textes et d'arrêts de parlements ; elle nous

(1) V. infrà, n° 200.

semble cependant facile à résoudre avec les principes qui dominent l'organisation de la société moderne.

Ce serait, a-t-on dit, une erreur de croire que les refus des sacrements et les refus de sépulture ecclésiastique soient des décisions qui, prises par le prêtre, suivant les inspirations de sa conscience, en exécution des lois de l'Eglise, échappent par leur nature, et, par cela seul qu'elles sont du domaine spirituel, au contrôle de l'Etat.

Cette erreur, nous la professons avec d'éminents jurisconsultes. Nous comprenons que les Parlements soient intervenus dans l'ancien droit. La question de sépulture ecclésiastique y était intimement liée à des intérêts d'ordre non religieux, comme, par exemple, l'état civil réservé aux seuls catholiques. D'une manière générale, on sait que l'exercice de toute fonction impliquait la profession de foi catholique. Il y avait donc là une sorte de terrain mitoyen sur lequel on conçoit que les deux juridictions aient eu des prétentions à s'exercer concurremment, chacune au nom des intérêts dont la sauvegarde lui était confiée.

Mais aujourd'hui, où est ce terrain mitoyen ? Les registres d'état civil sont tenus à la mairie et ouverts à tous; ni la profession de foi religieuse ni la pratique des sacrements ne sont exigées de personne pour arriver à une fonction ou exercer un droit civil ; le mariage civil est déclaré absolument indépendant du mariage religieux ; les funérailles civiles sont traitées par la loi sur le même pied d'honneur que les funérailles religieuses. Ces matières, de connexes qu'elles étaient, sont devenues distinctes et indépendantes. On a même eu recours au droit pénal pour rendre la scission plus profonde (art. 199 et 200 C. pén.). Vainement on s'appuie sur cet argument que le régime actuel n'est pas la séparation de l'Eglise

et de l'Etat, mais un régime concordataire. Le Concordat n'a que faire ici ; il vise les matières mixtes, mais non celles qui ont un caractère exclusivement civil ou exclusivement religieux. En résumé, le maire n'a pas plus le droit de contrôler à la sacristie les registres des sépultures catholiques que le curé n'a le droit de contrôler à la mairie ceux de l'état civil. Ces considérations ont pris plus de force encore depuis que l'article 93 de la loi du 5 avril 1884 a proclamé le droit de toute sépulture aux mêmes marques de considération publique. On serait mal venu désormais à prétendre contre l'autorité religieuse que le refus formulé par elle de procéder aux cérémonies du culte a, comme on l'a soutenu, quelque chose d'offensant pour la mémoire du mort.

Au surplus, les conflits dont il s'agit se sont présentés et se présenteront rarement. Supposons-en un cependant et voyons comment, dans l'état actuel du droit et de la jurisprudence, il sera résolu.

63. — L'article 19 du décret du 23 prairial an XII avait prétendu régler la matière. En voici les termes : « Lorsque le ministre d'un culte, sous quelque prétexte que ce soit, se permettra de refuser son ministère pour l'inhumation d'un corps, l'autorité civile, soit d'office, soit sur la réquisition de la famille, commettra un autre ministre du culte pour remplir ces fonctions ; dans tous les cas, l'autorité civile est chargée de faire présenter, déposer et inhumer le corps ». On conçoit sans peine que cette disposition n'ait en rien facilité la solution de la difficulté. Le nouveau prêtre que l'autorité civile désignerait, ne manquerait point d'agir comme le précédent, ayant les mêmes motifs que lui de refuser son ministère, fondés sur les règles de discipline qu'il n'est pas libre de trans-

gresser. Si le prêtre, toujours invité d'ailleurs à faire l'application de ces règles avec la plus grande circonspection et la plus sage prudence, venait à abuser de son ministère, qui ne voit que c'est à son chef, c'est-à-dire à l'évêque, d'en connaître, et que ce n'est certainement pas à l'autorité civile de juger de la violation d'une loi canonique ? M. de Cormenin a qualifié d'insensé ce texte qui veut que l'autorité civile commette d'office, mais sans contrainte toutefois, un autre ministre du culte. « Qu'est-ce en effet, ajoute-t-il, que ce prêtre automate qui arrive au premier coup de sifflet de l'autorité civile et qui prie par commission ? La prière ne vient pas d'un bureau de police (1). »

Au surplus, l'on a fait remarquer que le législateur d'une part ne désignait pas l'autorité civile chargée de requérir le prêtre chargé de suppléer celui qui refusait les prières, et d'autre part qu'il ne prononçait pas de sanction.

On s'est alors contenté de dire qu'il y avait lieu à déclaration d'abus ; et, de fait, la jurisprudence s'est fixée en ce sens. Il convient cependant d'observer que cette jurisprudence a pris pour base l'article 6 des Articles organiques (loi du 18 germinal an X), et non l'article 19 du décret du 23 prairial an XII. Ce point est important, car, tandis que l'article 19 atteint le ministre du culte qui, « sous quelque prétexte que ce soit », refuse la sépulture religieuse, le conseil d'Etat se réserve l'examen des conditions de fait dans lesquelles s'est produit le refus des prières (2).

(1) De Cormenin, Droit administratif, t. I, p. 333,

(2) Au sujet de cette jurisprudence, mentionnons seulement l'appréciation de l'auteur précité ; elle nous semble résumer la critique qui peut en être faite. « Est-il bien vrai que la loi du 18 germinal an X soit applicable aux refus de sépulture ? En effet, y a-t-il, dans le cas posé, usurpation ou excès de pouvoir ? Non : car l'usurpation, qui est de toutes les choses la plus éclatante et la plus

64. — Au surplus, l'interprétation législative qu'il faut donner à l'art. 19 du décret de prairial, et notamment au mot « présenter » qu'il contient, a été nettement déterminée par deux circulaires du ministre de la justice et du ministre de l'intérieur, rendues les 15 et 16 juin 1847 (1), après un scandale qui s'était produit à Périgueux, où les portes d'une église avaient été forcées et où un assistant avait parodié les fonctions du prêtre (2).

Elles établissent « la saine et véritable entente à attribuer à l'article 19, afin de prévenir désormais toute atteinte au principe de la liberté religieuse qui place sous la sauvegarde des lois la discipline ecclésiastique servant de règle à l'exercice du culte ». Elles distinguent avec soin l'acte pur et simple de l'inhumation régi par les règles de salubrité et d'ordre public dont la connaissance appartient à l'autorité administrative, des cérémonies exclusivement religieuses auxquelles préside le ministre du culte dans l'enceinte du

active, n'existe assurément pas dans un refus silencieux. Contraventions aux lois et règlements de l'Etat ? Non : car aucune loi, aucun règlement de l'Etat n'oblige le prêtre à suppléer, dans ce cas, les cérémonies funèbres. Attentat aux libertés, franchises et coutumes de l'Eglise gallicane ? Non : car ces libertés, ces franchises, ces coutumes ne sont pas violées. Infraction aux règles consacrées par les canons reçus en France ? Non : car aucun droit civil, politique, temporel des particuliers, qui serait protégé par ces canons, aucun intérêt autre qu'un intérêt purement spirituel n'est ici blessé. Entreprise ou procédé qui, dans l'exercice du culte, puisse compromettre l'honneur des citoyens, troubler arbitrairement leur conscience, dégénérera contre eux en oppression, ou en injure, ou en scandale public ? Non : car le prêtre qui se tait, qui disparaît, qui s'abstient, n'est pas dans l'exercice du culte ; il ne jette aucune menace contre les citoyens du haut de la chaire sacrée, il ne profère point d'injures, il ne trouble point arbitrairement les consciences, il ne commet point d'acte oppressif, il ne fait pas le scandale, il le subit. La loi du 18 germinal an X est donc ici sans application. » (De Cormenin, loc. cit.)

(1) D. P. 47. 3. 128 et 173.

(2) V. aussi Avis du conseil d'État, 22 mars 1826 et 29 avril 1831 ; et aff. Montlosier, 30 décembre 1858. Sirey, 39. 2. 53.

temple. Etant données les lois fondamentales qui garantissent à ce culte la liberté et l'exercice légitime de ses droits, étant données aussi la distinction et l'indépendance qui en résultent entre les deux puissances religieuse et civile, on ne saurait valablement attribuer à cette dernière la faculté de faire ouvrir les portes d'une église dans le but d'y introduire le corps d'une personne à qui le clergé refuserait la sépulture ecclésiastique. Agir d'une autre manière serait violer étrangement le principe qui assure au ministre du culte la police intérieure du lieu saint (1) et que l'autorité supérieure a rappelé en maintes circonstances (2).

Vienne donc le cas d'un refus de sépulture : « l'article 19 a bien garde d'imposer à l'autorité civile le devoir ou de lui conférer le droit d'introduire le corps dans l'église ou temple contre le gré de l'autorité religieuse : ce serait là violenter les consciences, empiéter sur la discipline ecclésiastique et ne plus accomplir une œuvre purement civile. L'autorité se bornera donc à faire présenter le corps à l'entrée des lieux consacrés au culte, lorsque le prêtre n'aura point accompagné le convoi après son départ de la maison mortuaire, afin que là le prêtre puisse le recevoir et procéder aux cérémonies conformes au rite de sa communion ; et, s'il y a eu refus de sépulture ecclésiastique, refus persévérant, manifesté par l'abstention formelle de l'Ordinaire du lieu et de tout ministre commis à son défaut, l'autorité devra faire transporter les corps au lieu des inhumations et veiller à ce que jamais on ne force les portes du temple. Toute autre interprétation du dé-

(1) Décision ministérielle du 21 pluviôse an VIII. — Gaudry, Traité de la législation des cultes, t. I, p. 219.

(2) Décisions ministérielles du 2 avril 1806; du 7 juin 1807 ; du 22 mars 1831.

cret de prairial serait fausse et évidemment attentatoire à la liberté religieuse et à la protection promise à chacun pour l'exercice de son culte ».

Les termes de ces circulaires sont suffisamment explicites, et, depuis elles, il ne s'est pas élevé, à notre connaissance, de conflits sérieux.

CHAPITRE III.

DES FRAIS FUNÉRAIRES.

65. Ils font partie des dettes de la succession. Exception nécessaire pour l'indigent.
66. Leur calcul. Division du chapitre.

65. — Les dépenses faites à l'occasion de la mort d'une personne comptent, on le sait, parmi celles que le Code a l'habitude d'appeler charges de la succession. Elles sont défalquées au même titre que les dettes du défunt quand il s'agit d'établir la quotité disponible. Rien n'est plus juste d'ailleurs, et nous trouvons là un souvenir de la loi romaine qui voulait que le décédé fût inhumé *de suo*.

Les nécessités de l'hygiène, et surtout le respect envers les morts, obligent à transgresser cette règle au cas de mort d'un indigent. « Il ne sera rien réclamé, dit l'article 20 du décret du 23 prairial an XII, à l'occasion de l'inhumation des individus inscrits au rôle des indigents »; et l'article 11 du décret du 18 mai 1806 assure le même principe. Cette inscription au rôle est aujourd'hui remplacée par un certificat du maire équivalent. Les fabriques et consistoires ont donc, comme charge du monopole dont nous allons bientôt parler, l'obligation de pourvoir gratuitement à cette sépulture d'une manière convenable, et les fournitures nécessaires au convoi sont déterminées par le conseil municipal.

66. — Le recouvrement des frais funéraires s'opère suivant les règles du droit commun ; la juridiction qui connaîtra

de leur poursuite sera le tribunal civil. Leur calcul est très simplifié par suite des tarifs qui règlent les perceptions à effectuer. Il en est un d'abord qui fixe les oblations dues au clergé et à ses auxiliaires, à raison des actes du ministère ecclésiastique. Aucun honoraire ne peut en général être réclamé s'il n'y est consigné (1). Sur ce point, nous n'avons rien à observer.

Un autre tarif détermine les redevances dues en matière de pompes funèbres proprement dites. Au sujet de celles-ci et du monopole dont elles sont l'objet, il nous faut entrer dans quelques explications; nous examinerons ensuite la question du privilège des frais funéraires.

ARTICLE I.

Monopole des pompes funèbres.

67. Etat de la législation actuelle.
68. Décrets réglant l'organisation du monopole.

67. — Ce n'est pas sans une certaine hésitation que nous abordons l'étude d'une législation qui bientôt se trouvera peut-être abrogée, et remplacée par une autre toute différente. Il nous paraît difficile, d'autre part, de faire par avance le commentaire d'une loi qui non seulement n'est ni promulguée ni même votée définitivement, mais encore sur les détails de laquelle l'accord est loin d'être fait. En de telles conditions,

(1) Un arrêt de Cassation décide que les oblations fixées par le tarif diocésain ne s'appliquent qu'aux actes du ministère ecclésiastique, et non aux dépenses que le curé aurait à faire, soit pour inviter à leur domicile des prêtres étrangers, soit pour décorer exceptionnellement l'église. Ces dépenses devraient être réglées à part, d'après les principes du mandat salarié. Cassat. 9 juillet 1877. Dejean c. Belaigne. Sirey, 78. 1. 76.

notre devoir paraît être d'exposer brièvement les règles actuellement en vigueur et d'indiquer ensuite les dispositions du projet de loi.

68. — Les fabriques, réorganisées sous le Consulat, n'avaient que peu de ressources pour supporter des charges assez lourdes. Sans doute, on leur restituait ceux des biens qui leur avaient appartenu avant la Révolution et qui n'avaient pas été aliénés ; mais, en fait, les propriétés ayant échappé à la vente étaient le petit nombre. Quant aux secours venant des conseils municipaux, comme ils étaient volontaires, c'était une source de conflits périodiques.

Le premier consul eut l'idée, pour tirer les fabriques de cette situation délicate, de leur assurer le monopole des pompes funèbres. Ce fut l'œuvre du décret organique du 23 prairial an XII, dans son article 22 : « Les fabriques des églises et les consistoires jouiront seuls du droit de fournir les voitures, tentures, ornements, et de faire généralement toutes les fournitures quelconques nécessaires pour les enterrements et pour la décence ou la pompe des funérailles. Les fabriques et consistoires pourront faire exercer ou affermer ce droit, d'après l'approbation des autorités civiles, sous la surveillance desquelles ils sont placés ».

Le décret organique du 18 mai 1806 sur les pompes funèbres développa les règles posées par celui de l'an XII, les corrigeant en un certain nombre de points. La Cour de cassation, après avoir décidé que le dernier de ces actes abrogeait le premier, a fini par admettre qu'ils devaient se combiner (1).

Enfin les décrets du 18 août 1811 et du 27 octobre 1875

(1) Cassat. 27 novembre 1816. Bouveret. Sirey. Collect. nouv. 5. 1. 255. — 27 août 1823. Labalte. D. P. 23. 1. 450.

édictent un certain nombre de dispositions spéciales à la ville de Paris.

Nous examinerons successivement l'objet exact du monopole, les règles qui président à la confection des tarifs, la sanction du monopole, ses modes d'exploitation.

§ I. — *Objet du monopole.*

69. Difficultés d'interprétation. Fournitures obligatoires et facultatives.
70. Etendue du monopole.
71. Il comprend même les objets non mentionnés dans les tarifs supplémentaires.
72. Mesure suivant laquelle il s'applique aux voitures faisant partie du convoi.
73. Ses limites raisonnables.

69. — Nous venons de voir que le décret de prairial an XII faisait porter le monopole sur « les voitures, tentures, ornements et généralement toutes les fournitures quelconques nécessaires pour les enterrements et pour la décence de la pompe des funérailles ». Le décret du 18 mai 1806 (article 7) lui fait comprendre « toutes les fournitures nécessaires au service des morts dans l'intérieur de l'église et toutes celles qui sont relatives à la pompe des convois ». L'interprétation de ces textes a, dans la pratique, donné lieu à de nombreuses difficultés.

Signalons-en une des plus importantes. Le décret du 18 août 1811, qui réglait le service des pompes funèbres de la ville de Paris, distingue deux espèces de fournitures, les unes obligatoires, les autres facultatives : les premières, énumérées dans le tableau dit « des classes », annexé au décret ; les secondes, portées au tarif des articles supplémentaires. Or, des termes du décret, et en particulier de l'article 5, on crut pou-

voir conclure que le monopole s'appliquait seulement aux premières fournitures, le droit de les faire étant le seul qui se trouve qualifié exclusif. Quant aux articles portés sur le tarif des articles facultatifs, on soutenait qu'ils pouvaient être fournis par tout industriel, sous l'obligation de se conformer aux prix officiels.

C'est au cours de cette controverse, soulevée à propos des billets d'enterrement et des cercueils, que fut agitée la question de savoir dans quelle mesure le décret du 18 mai 1806 avait abrogé celui de prairial an XII. L'abrogation a été complète, disaient les partisans de la première opinion qui écartaient ainsi l'article 25, mentionnant les billets d'enterrement. Le décret de 1806, ajoutaient-ils, ne fait plus porter le monopole que sur les fournitures nécessaires au service des morts dans l'intérieur des églises ou à la pompe des convois. Or, ni les billets d'enterrement ni les cercueils n'entrent dans l'une ou l'autre de ces catégories ; et c'est en considération de cet état de choses que le décret de 1811, relatif à la ville de Paris, a fait deux tableaux : celui des classes et celui des articles facultatifs.

70. — Cette manière de voir, approuvée plusieurs fois par diverses juridictions, paraissait définitivement consacrée par la Cour de cassation (1), lorsqu'un nouvel arrêt, rendu par elle le 27 août 1823, fit prévaloir une interprétation différente, et, depuis, la jurisprudence n'a plus varié. Elle a décidé jusqu'à nos jours que toutes les fournitures, non seulement celles portées au tableau des classes et celles taxées comme facultatives, mais généralement toutes celles qui peuvent être requises, quoique non mentionnées dans le tarif, font l'objet du monopole. La cour de Rouen l'a ainsi jugé le 31 janvier 1862, à

(1) Arrêt précité, 27 novembre 1816.

propos des billets d'enterrement (1) ; et la cour de Toulouse, le 27 décembre 1867, a donné une solution identique, remarquablement motivée (2).

Un arrêt de Paris du 11 avril 1850 a décidé que le privilège des fabriques existait même pour les objets supplémentaires non déterminés dans la distribution des diverses classes de service, et qui, laissés, comme non indispensables, à la faculté des familles, sont compris dans le tarif supplémentaire annexé à l'ordonnance de concession. Dans l'espèce, il s'agissait de cercueils faits en matières diverses, de plaques, crêpes, etc., fournis par une maison de commerce (3).

Mentionnons aussi une décision qui confirme la précédente, et ajoute que le monopole existe encore pour les fournitures de cercueils destinés aux exhumations (4).

71. — Un industriel pourrait-il au moins fournir les objets qui ne sont portés ni au tableau des classes, ni même au tarif supplémentaire ?

L'arrêt de cassation de 1823 résout la question négativement. Si une fourniture n'est pas taxée, le prix devra se débattre de gré à gré; mais nul autre que la fabrique ne pourra la procurer.

C'est dans le même sens qu'un autre arrêt de la Cour suprême paraît avoir tranché définitivement le point qui nous occupe. La ville de Marseille avait un tarif approuvé en 1808, qui ne réglait les convois que suivant le mode de transport à bras. Depuis cette époque, l'usage des transports en voiture

(1) C. de Rouen, 31 janvier 1862. Roquencourt. D. P. 62. 2. 83.

(2) C. de Toulouse, 27 décembre 1867. Guerre. D. P. 68. 2. 54. — Dans le même sens, Gaudry, Traité de la législation des cultes, t. II, n° 811, 2° ; Gaubert, Traité théorique et pratique des pompes funèbres, t. I, p. 236 et s.

(3) C. de Paris, 11 avril 1850. Barbier. D. P. 55. 2. 18.

(4) C. de Paris, 21 novembre 1859. Ballard. D. P. 59. 1. 467.

s'était introduit, mais sans que la fabrique fît approuver son tarif supplémentaire. Un particulier crut pouvoir lui faire concurrence sur ce point et sur la fourniture de quelques autres objets également non compris dans le tarif de 1808, notamment les billets d'enterrement. Il fut condamné successivement par le tribunal de Marseille et par la cour d'Aix. La Cour de cassation confirma cette jurisprudence. Elle décida que si le tarif approuvé pour la ville de Marseille par décret du 10 septembre 1808 n'avait pas réglé le prix à payer par les familles pour les voitures employées au transport des corps et pour d'autres objets accessoires, il résultait bien de là, pour les parties intéressées, le faculté de débattre ces prix avec la régie des inhumations, mais qu'on ne pouvait en induire une exception aux prohibitions formulées par l'article 24 du décret de prairial an XII (1).

72. — Il n'est guère douteux que le monopole des fabriques, en ce qui concerne les voitures, porte non seulement sur celles destinées au transport du cadavre soit à l'église, soit au cimetière, mais encore sur celles qui accompagnent le cortège pour servir aux personnes qui le composent, et donner en même temps plus de solennité aux funérailles. Cela résulte de la combinaison de l'article 22 du décret de prairial qui vise surtout le premier cas, et de l'article 10 du décret de 1806 qui paraît s'occuper du second.

Mais, ce principe admis, la question d'étendue du monopole peut encore donner lieu à difficultés. Ainsi certaines fabriques l'appliquent indistinctement à toutes sortes de voitures, aussi bien à celles amenées par les invités pour leur propre compte qu'à celles louées par la famille pour être mises à la

(1) Cassat. 29 juillet 1873. Audibert. D. P. 75. 1. 69.

disposition de ceux-ci. En ce qui concerne ces dernières, les fabriques revendiquent justement le droit exclusif de les fournir ; mais, quant aux premières, nous ne saurions admettre la prétention d'exiger de la famille un droit en raison de leur présence. Il est impossible de pousser l'interprétation du monopole au point de vouloir interdire à une personne de se servir de sa propre voiture pour assister à un enterrement. Peu importe que la pompe du cortège s'en trouve augmentée, comme on le soutient ; en tous cas, ce résultat n'est produit qu'indirectement. Nous écarterions les prétentions de la fabrique, encore que les personnes venues dans leur voiture y auraient fait monter d'autres invités. Le monopole implique l'idée de deux individus se présentant concurremment pour faire une spéculation que l'un d'eux seulement est autorisé à entreprendre. Ici, la spéculation n'existe que d'un seul côté; le droit des fabriques n'est pas lésé injustement.

La Cour de cassation a eu à trancher la difficulté dans une de ses applications particulières. Il s'agissait de voitures de place ayant suivi de loin le cortège et dans lesquelles certains invités étaient montés à un moment donné. La Cour décida qu'il n'y avait pas atteinte au monopole, les deux circonstances de fait qui suivent se trouvant réunies: 1° les voitures avaient accompagné le convoi à une distance plus ou moins grande, mais sans s'immiscer dans le service du cortège ; 2° elles n'avaient en aucune façon augmenté la pompe des cérémonies, mais avaient uniquement obéi aux réquisitions de personnes désireuses de s'en servir au retour de l'église ou du cimetière (1). Cette dernière circonstance doit être remarquée ; la Cour ne vise que le cas de voitures destinées au retour ; il

(1) Cassat. 23 novembre 1877. Bertrand. D. P. 78. 1. 93.

faudrait, suivant nous, donner la même décision à l'égard de celles destinées à l'aller.

73. — On a laissé, sans la résoudre, la question de savoir si le monopole, lorsqu'il comprend les billets d'enterrement, s'applique aussi aux billets d'invitation pour le service de neuvaine ou les anniversaires. Nous n'irions pas jusque-là ; de même, nous n'admettrions pas qu'on puisse voir une atteinte au monopole dans les avis de décès insérés dans les journaux. Un auteur laisse entrevoir que les fabriques « auraient à examiner s'il ne conviendrait pas d'exiger des administrateurs des journaux que l'avis de décès passât sous silence l'heure à laquelle le convoi funèbre doit avoir lieu » (1). Nous ne saurions souscrire à cette opinion qui dépasse et les termes et l'esprit de la loi. Si l'on proscrivait l'avis encadré de noir, il faudrait également interdire le fait-divers mentionnant le décès des personnes marquantes, au cas où le reporter trop zélé se serait informé de l'heure des obsèques.

C'est encore avec raison qu'il a été décidé que la fourniture de fleurs ou couronnes dont le cercueil est orné n'est évidemment pas comprise dans le privilège que nous étudions.

Observons, en terminant sur ce point, que pratiquement la fabrique peut bien ne pas user des avantages de son monopole. Si elle le juge à propos, elle abandonnera à l'initiative des particuliers la faculté de faire directement tout ou partie des fournitures, et en fait il en sera ainsi dans bien des cas. Mais il n'y a là qu'une simple tolérance de la part de la fabrique. Cette tolérance n'infirme en rien son droit exclusif et total au monopole auquel elle n'est pas libre de renoncer, et c'est ce qu'il importe de remarquer.

(1) Gaubert, loc. cit. p. 249.

§ II. — *Confection des tarifs.*

74. Distinction de deux tarifs établie par le décret de prairial.
75. Elle est maintenue par le décret du 18 mai 1806.

74. — Le décret du 23 prairial an XII distinguait deux tarifs. Suivant l'article 20, « les frais et rétributions à payer aux ministres des cultes et autres individus attachés aux églises et temples, tant pour leur assistance au convoi que pour les services requis par les familles, seront réglés par le gouvernement, sur l'avis des évêques, des consistoires et des préfets, et sur la proposition du conseiller d'Etat chargé des affaires concernant les cultes ». L'article 25, d'autre part, décide que « les frais à payer pour les billets d'enterrement, le prix des tentures, les bières et le transport des corps, seront fixés suivant un tarif proposé par les administrations municipales et arrêté par les préfets ».

75. — Le décret du 18 mai 1806 maintient la même distinction. Toutefois c'est désormais par le ministre des Cultes que les tarifs élaborés par les évêques sont soumis à l'approbation du chef de l'Etat. Quant aux règlements et tarifs concernant le transport des corps, ils sont délibérés par les conseils municipaux et soumis avec l'avis du préfet, par le ministre de l'intérieur, à l'approbation dont nous parlons. Le décret-loi de décentralisation du 25 mars 1852 (tableau A, n° 46) a, pour ces derniers, substitué l'autorisation du préfet à celle du chef de l'Etat.

Un arrêt du conseil d'Etat du 10 avril 1867 a très nettement proclamé ce principe quand il a dit que « s'il appartient aux fabriques de dresser les tarifs des fournitures à faire dans

l'intérieur des églises, sauf à les communiquer aux conseils municipaux pour avoir leur avis, les tarifs de fournitures nécessitées par le transport des corps hors de l'église et par la pompe funèbre donnée à ce transport doivent être proposés par les conseils municipaux, communiqués ensuite aux fabriques intéressées pour avoir leur avis, et approuvés par le préfet, par application du décret du 25 mars 1852 (1) ».

§ III. — *Sanction.*

76. Sanction pénale.
77. Sanction civile. Compétence des tribunaux judiciaires.

76. — La sanction du monopole dont nous traitons est pénale et civile. Pénale, elle trouve son principe dans l'article 471, § 15, du Code pénal, qui atteint, à défaut de sanction spéciale, toutes les infractions aux règlements légalement faits par les autorités administratives. Or les décrets de prairial an XII et de mai 1806 émanent de l'autorité administrative et constituent des règlements généraux de police légalement rendus par le pouvoir exécutif, auquel il appartenait de statuer en cette matière. La Cour de cassation a consacré cette manière de voir (2).

77. — La sanction civile réside dans l'action qui appartient à la fabrique contre celui qui a porté atteinte au monopole. C'est une action en réparation du dommage causé,

(1) C. d'Etat, 10 avril 1867. Fabrique de Saint-Etienne. Sirey. 67. 2. 162. — Cf. Mgr Affre, Administration temporelle des paroisses, p. 190. — Vuillefroy, Administrat. du culte catholique, p. 505. — Gaudry, Législation des cultes, t. II, n°, 811, p. 619.

(2) Cassat. 24 mars 1881. Chamonard. D. P. 81. 1. 331. — Revue générale d'administration, 1881, t. IX, p. 318.

fondée sur l'article 1382 du Code civil, et les tribunaux judiciaires sont appelés à en connaître. Sur ce point, il n'y a aucune difficulté.

Il peut aussi s'élever des contestations entre la fabrique et la famille au sujet du recouvrement des droits. Si ces droits ont été perçus en vertu d'un tarif diocésain approuvé par le chef du pouvoir exécutif, l'autorité judiciaire est seule compétente pour prononcer sur la légalité de ce tarif et sur l'application qui en a été faite. Un recours pour excès de pouvoir contre ce tarif et contre l'acte administratif qui l'a approuvé devrait donc être rejeté (1).

§ IV. — *Modes d'exploitation.*

78. Trois modes possibles. Droit d'option.
79. Nécessité de l'approbation du gouvernement.
80. Association de plusieurs fabriques. Personnalité morale.
81. Restrictions à la liberté d'exercice du monopole.
82 Formalités pour la concession de l'entreprise.
83. Juridiction compétente. Distinction.
84. Loi en préparation.

78. — Les fabriques peuvent exercer elles-mêmes leur monopole ; elles peuvent le donner par voie d'entreprise à des fermiers ; elles peuvent enfin l'exploiter en régie intéressée.

Entre ces divers modes, elles ont un droit d'option absolu qui résulte de l'article 22 du décret de prairial et de l'article 7 du décret du 18 mai 1806. Deux lettres ministérielles, l'une du 5 août 1865 à l'archevêque de Toulouse, l'autre du 6 mars 1868 à l'évêque de Montpellier, ont reconnu ce droit qui est aussi proclamé dans un arrêt du Conseil d'Etat du 10 avril

(1) C. d'Etat, 23 avril 1875. Gravelet. D. P. 75. 3. 106. — Cassat. 5 juillet 1875. Id. D P. 75. 1. 475.

1867. Il n'y a d'exception à la règle que dans le cas où il s'agit de plusieurs paroisses d'une même ville ; encore, cette exception, comme nous allons le voir bientôt, est-elle fort limitée.

79. — Quand une fabrique a exercé son option et passé un traité, l'approbation du gouvernement est encore nécessaire. Mais il faut observer que cette approbation n'implique pas pour l'administration le droit de contrarier la fabrique dans son choix. Il s'agit de fournir à l'autorité supérieure un moyen de contrôler et critiquer les clauses et conditions de l'acte de fermage qui pourraient être préjudiciables à la fabrique et par contre-coup à la commune obligée de subvenir dans une certaine mesure aux besoins du budget paroissial.

Ce qui ajoute un trait de plus au caractère de cette approbation, c'est qu'une fois donnée elle ne pourrait plus être retirée pendant la période pour laquelle elle a été accordée. Il aurait fallu qu'elle fût conditionnelle (1).

80. — Dans les communes où il y a plusieurs paroisses, chaque fabrique est encore libre de choisir le mode d'exploitation qui lui convient, sans que son option puisse influer sur la décision des autres. On leur permet aussi de se réunir pour former une exploitation commune, soit directe, soit par voie de fermage ou de régie intéressée.

L'union entre deux ou plusieurs seulement est encore possible, les autres restant libres d'administrer comme elles l'entendent (2).

Quand plusieurs fabriques se concertent pour exploiter directement le monopole des pompes funèbres, on ne saurait

(1) C. d'Etat, 18 novembre 1881. Verdun. D. P. 83. 3. 29.
(2) Id. 10 avril 1867. Arrêt précité.

contester à leur association le caractère de personne morale. Leur régie peut donc intenter une action judiciaire dans laquelle l'agent général et le trésorier représentent valablement tous les membres de l'association (1).

On ne pourrait toutefois dire que cette association se livre à une spéculation commerciale. Les décrets qui ont créé le monopole n'ont pas eu pour but de procurer aux fabriques le moyen de s'enrichir de cette manière ; ils ont eu seulement en vue d'assurer la décence, la pompe et la régularité des funérailles et, au moyen de taxes fixées par un tarif dûment approuvé, de pourvoir à certains frais du culte. Il n'y a rien là qui tienne au trafic commercial, et la Cour de Paris précisait cette idée quand elle déclarait que ces opérations sont faites en vue d'un service d'intérêt public (2).

81. — La liberté presque illimitée qu'on donne aux fabriques d'une même ville d'exploiter à leur guise souffre cependant quelques restrictions. Il ne peut d'abord y avoir qu'un seul entrepreneur pour la même ville. Deux fabriques, soit qu'elles s'unissent, soit qu'elles agissent chacune isolément, doivent s'entendre pour choisir le même fermier, d'après l'article 14 du décret du 18 mai 1806.

Ainsi encore, quand certaines des églises paroissiales ou succursales d'une ville ont été autorisées par décret à former une régie, un décret postérieur peut les obliger à recevoir dans leur association une église nouvelle de la même ville. Un arrêt du conseil d'Etat a même rejeté le pourvoi contre un décret qui avait ainsi fait entrer dans l'union une église succursale située en dehors de la limite de l'octroi, en se fondant sur

(1) Cassat. 29 juillet 1873. Arrêt précité.
(2) C. de Paris, 3 mai 1881. Fabrique de Paris c. Vafflard. D. P. 81. 2. 193.

cette circonstance que la partie la plus peuplée du territoire de cette paroisse était comprise dans cette limite (1).

82. — Les textes imposent aussi certaines obligations au point de vue de la mise en fermage, qu'il s'agisse, du reste, d'une fabrique agissant isolément ou de plusieurs fabriques réunies. L'article 7 du décret de 1806 exige que l'adjudication se fasse aux enchères, et l'article 15 ajoute : « selon le mode établi par les lois et règlements pour tous les travaux publics ». Mais la jurisprudence interprète cette prescription d'une façon extrêmement large et se refuse à voir dans son inobservation une cause de nullité. Suivant elle, si le décret de 1806 dit que la concession aura lieu aux enchères publiques et qu'à cet effet il sera dressé des tarifs et des tableaux gradués par classes, rien dans la lettre ni dans l'esprit de ce décret n'indique l'intention de faire de ces formalités des conditions absolues de la validité des conventions intervenues entre les fabriques et les entrepreneurs. L'exécution volontaire et l'approbation de l'autorité supérieure couvrent la nullité (2).

83. — Il reste à nous demander quelle est la nature du contrat qui intervient entre la fabrique et le concessionnaire. C'est un point important pour la détermination de la juridiction compétente. Il semble bien résulter de l'article 15 du décret de 1806 qu'on doive l'assimiler à un marché de travaux publics. Mais ce texte ne vise que les rapports de la fabrique et de l'adjudicataire, et l'on a pensé qu'il y aurait témérité à étendre l'assimilation aux cas où le conflit s'élève entre l'adjudicataire et les particuliers avec lesquels celui-ci se trouve

(1) C. d'Etat, 28 janvier 1876. Fabriques de Marseille. D. P. 76. 3. 72.
(2) Cassat. 10 mai 1870. Pompes fun. de Paris. D. P. 71. 1. 10.

en rapport. Après controverse, on a donc fini par admettre la distinction suivante. S'agit-il de litiges entre l'administration et les entrepreneurs, ce sont les conseils de préfecture qui sont compétents ; mais s'il s'agit de procès entre les entrepreneurs et les particuliers, ce sont les tribunaux judiciaires qui statueront, l'action serait-elle fondée sur un quasi-délit ou un délit, comme au cas de concurrence illicite faite par un entrepreneur de pompes funèbres qui aurait exploité à son profit une préparation chimique appartenant à un tiers (1).

Rien de plus juste, au surplus, que cette distinction. Nous admettons ailleurs que la fabrique ne pourrait actionner les particuliers et ne pourrait être poursuivie par eux que devant les tribunaux judiciaires ; on ne saurait faire une condition différente à ses ayants cause. Le caractère mixte du contrat ne saurait donc faire de doute pour nous.

On a cependant contesté à l'article 15 du décret de 1806 la portée que nous lui donnons ici, et l'on a dit que ce n'était pas par la forme des actes, mais par leur objet que se déterminait la compétence respective des tribunaux administratifs et judiciaires. Le texte de l'article nous paraît trop absolu pour qu'on y puisse introduire une pareille restriction. Il y a dans ce contrat quelque chose de plus qu'un simple marché de fournitures, car, ainsi que l'a proclamé la Cour de Paris à propos d'une autre question, il s'agit « d'opérations faites en vue d'un service d'intérêt public (2) ».

Mais, étant donnée la compétence des tribunaux judiciaires, lorsqu'elle existe, il faut encore savoir devant lequel l'entrepreneur devra être assigné. La réponse n'est pas douteuse : il

(1) C. de Paris, 6 août 1869. Falcony. D. P. 70. 2. 87. — Serrigny, Organisation et compétence administrative, II, n° 702.

(2) C. de Paris, 3 mai 1881. Arrêt précité.

faut appliquer les règles ordinaires de la compétence. Nous avons refusé de voir des spéculateurs dans les fabriques ; l'adjudicataire au contraire ne poursuit qu'un but de lucre, et son entreprise est purement commerciale. En outre, il paie la patente et peut être déclaré en faillite. C'est donc aux tribunaux de commerce que le droit appartient de connaître des litiges nés à l'occasion des opérations faites par lui avec ses fournisseurs (1).

84. — Nous avons parlé d'un projet de loi qui doit prochainement opérer des transformations importantes dans le régime des fabriques sur le point qui nous occupe, en privant celles-ci d'une des sources les plus fructueuses de leurs revenus.

Nous pénétrerions plus avant dans son économie, et nous étudierions de plus près la distinction qu'il propose entre les fabriques et les communes, si plusieurs des dispositions qu'il contient n'étaient vraisemblablement destinées à subir de sérieuses modifications. Il faut donc nous borner à reproduire le texte de ce projet tel qu'il a été voté une première fois par la Chambre des Députés, le 12 novembre 1883 (2).

(1) C. de Paris, 3 mai 1881. Arrêt précité.

(2) ART. 1. — *Le droit attribué aux fabriques et aux consistoires de faire seuls toutes les fournitures nécessaires pour les enterrements et pour la décence ou la pompe des funérailles, cessera d'exister à partir de la promulgation de la présente loi.*

ART. 2. — *Dans le délai de trois mois à partir de cette promulgation, une délibération du conseil municipal, approuvée par le préfet, déterminera, suivant les localités, le mode le plus convenable pour le transport des corps.*

La commune sera tenue de se procurer dans le même délai, par acquisition ou location, le matériel nécessaire à ce transport ou à ces inhumations. Elle aura seule le droit de le fournir. Elle exercera son droit soit directement, soit par entrepreneur ou adjudicataire.

Le Sénat ne l'a point adopté sans y introduire des changements (1). Sur la proposition de la commission, il a substitué

Les fabriques, consistoires ou établissements religieux ne pourront pas devenir adjudicataires.

ART. 3. — *Le matériel fourni par la commune comprendra, au moins un brancard, des draps mortuaires noirs et des draps mortuaires blancs. Il sera le même pour toutes les croyances et ne portera aucun emblème.*

Les héritiers ou exécuteurs testamentaires pourront y ajouter, à leurs frais, tous emblèmes ou ornements qui ne sont pas contraires à la décence des funérailles. Ils pourront de même, dans le cas où ils désireraient un matériel d'une autre classe que celui qui sera en usage dans la commune où aura lieu l'inhumation, s'adresser, pour la fourniture de ce matériel, à une autre commune, sauf la taxe municipale qui sera due dans ce cas à la commune où aura lieu l'inhumation, et dont la taxe sera fixée par le conseil municipal avec approbation du préfet.

ART. 4. — *Les héritiers ou exécuteurs testamentaires continueront de pouvoir traiter avec les fabriques ou consistoires pour la fourniture des objets destinés à la célébration des cérémonies du culte dans les édifices religieux et à la décoration intérieure et extérieure des églises. Les sommes ainsi perçues par les fabriques recevront l'emploi prévu à l'article 37 du décret du 30 décembre 1809.*

ART. 5. — *Le tarif applicable aux transports de corps et aux inhumations sera fixé par le conseil municipal, sauf approbation du préfet. Aucune taxe supplémentaire ne pourra être perçue au profit de la commune ni de son entrepreneur ou adjudicataire pour les stations ou présentations de corps aux édifices religieux.*

L'inhumation des indigents sera faite gratuitement et décemment. Le cercueil sera, en ce cas, délivré gratuitement par la commune.

ART. 6. — *Sont abrogés les art. 18, 19, 21, 22 à 26 du décret du 23 prairial an XII et le titre III du décret du 18 mai 1806. Sont également abrogés le décret du 18 mars 1811 et les décrets ultérieurs sur l'organisation des pompes funèbres à Paris. Il sera statué par décret rendu en Conseil d'Etat, dans le délai de trois mois, sur la nouvelle organisation du service des pompes funèbres à Paris.*

ART. 7. — *Les traités actuellement existant entre les fabriques ou consistoires et les entrepreneurs ou adjudicataires, resteront en vigueur jusqu'à leur expiration.*

(1) Deuxième délibération sur la proposition de loi relative au monopole des inhumations. *Journal officiel*, 21 janvier 1886.

au régime du privilège celui du droit commun et de la liberté, contrairement au système de la Chambre des Députés qui remplaçait le monopole par un autre monopole, le transférant purement et simplement des fabriques aux municipalités.

La nouvelle rédaction du projet de loi, œuvre du Sénat, s'inspire en entier de cette considération capitale contenue dans l'article 2 ainsi modifié :

« Toutefois, sur la demande des familles, les fabriques et consistoires, réunis en syndicat ou agissant séparément, pourront continuer à faire le service extérieur et les fournitures des enterrements, sans que leur droit puisse constituer un monopole ».

Les autres articles n'énoncent que les diverses applications de cette disposition. Mentionnons cependant l'article 6 qui accorde aux églises autorisées, non salariées par l'Etat, et aux sociétés constituées régulièrement dans le but spécial de pourvoir aux funérailles de leurs membres, les mêmes droits qu'aux fabriques et aux communes. Enfin, sur l'importante question des traités actuellement existants entre les fabriques ou consistoires et les entrepreneurs ou adjudicataires, la Chambre haute ne s'est pas prononcée, et a renvoyé à la commission l'article 7 du projet de la Chambre des Députés qui s'en occupe.

C'est dans cet état que la loi proposée se trouve présentement soumise au Parlement. Il nous est, en conséquence, impossible d'entrer à ce sujet dans de plus amples considérations.

ARTICLE II.

Privilège des frais funéraires.

85. Difficulté de préciser son objet.
86. Les frais privilégiés doivent être proportionnés à la condition du défunt.
87. Le privilège s'applique-t-il aux dépenses faites pour la construction du tombeau et la concession du terrain ?
88. Comprend-il les frais du deuil de la femme, des enfants et des domestiques ?
89. *Quid* des frais faits pour les proches de l'insolvable ?
90 Le prêteur qui a fait l'avance des frais funéraires n'est pas subrogé au privilège.

85. — Une disposition légale, spéciale aux frais funéraires, nous oblige à nous demander ce que l'on doit comprendre exactement sous cette appellation. L'art. 2101-2° du Code civil dit que les frais funéraires sont l'objet d'un privilège classé au deuxième rang des privilèges généraux sur les meubles. Or les privilèges sont de droit étroit. Quelles sont donc les dépenses faites à l'occasion du décès d'une personne qu'on doit tenir pour privilégiées ?

A prendre à la lettre ce que dit Pothier, la règle aurait bien peu d'étendue. « Le privilège sur le prix des meubles avait été restreint par l'usage au port du corps et à l'ouverture de la fosse, ce que l'on appelait frais funéraires de premier ordre (lesquels ne pouvaient excéder 20 livres) ; le surplus des frais funéraires, qu'on qualifiait de second ordre, ne se payait que par contribution avec les créanciers privilégiés (1). »

Mais l'opinion de Pothier était loin d'être l'opinion com-

(1) Pothier, Traité de procédure civile, part. IV, ch. II, § 2.

mune. Les plus grandes divergences sur ce point régnaient dans l'ancienne jurisprudence (1) : divergences qui se sont reproduites parmi les auteurs modernes. Chacun est d'accord sur ce que le privilège porte sur les dépenses *nécessaires* faites à l'occasion du décès et de la sépulture ; mais la question délicate est précisément de fixer le degré de nécessité. Sans chercher un criterium, au sujet duquel il est difficile de se prononcer d'une manière générale, prenons chaque hypothèse l'une après l'autre.

86. — On considère comme frais privilégiés ce qui est dû au clergé et à l'administration des pompes funèbres pour les funérailles et les cérémonies qui accompagnent l'inhumation. Toutefois les auteurs posent habituellement cette restriction que les déboursés doivent être conformes à la condition du défunt, attendu qu'on ne peut supposer au législateur l'intention d'accorder la faveur du privilège à des dépenses de luxe ou de vanité. Une telle règle existait déjà en droit romain (2) ; elle est d'autant plus équitable que le privilège a pour conséquence d'atteindre les créanciers de la succession plus que les héritiers, leur gage se trouvant ainsi diminué. Ajoutons que par condition du défunt il faut entendre sa situation apparente de fortune, sa position, son rang social, la considération dont il jouit.

Si donc les dépenses réclamées de ce chef sont exagérées, le tribunal pourra les réduire à un certain chiffre, le surplus devant être payé au marc le franc en concours avec la masse des créanciers. Il résulte de là que les personnes représentant

(1) Domat, Lois civiles, liv. III, sect. 5, n° 24. — Ferrière, Coutumes de Paris, art. 179, glose unique, § 2, n° 3. — Héricourt, Traité de la vente des immeubles, part. I, ch. 2, n^{os} 1 et 5.

(2) L. 12, § 5, D. de religiosis et sumptibus funerum.

la fabrique ou toutes autres intervenant dans la réglementation des cérémonies feront bien de prendre quelques informations et d'agir avec circonspection. Dans la pratique, on est trop facilement porté à croire que tout doit être payé par préférence.

87. — Faut-il encore considérer comme privilégiés le prix d'acquisition du terrain destiné à la sépulture et les frais d'érection du tombeau ?

En ce qui concerne ce dernier, nous croyons, avec la majorité des auteurs, qu'il faut distinguer et accorder le privilège s'il ne s'agit que d'élever une tombe modeste, par exemple de dresser une pierre avec l'inscription funéraire. Il y a là en effet comme une règle de décence publique qui exige que le lieu où repose le corps du défunt puisse être facilement retrouvé; c'est du reste, au point de vue des mœurs, le complément de l'inhumation. On ne devrait point trouver non plus exagérée la dépense qu'entraînerait la substitution d'une simple croix de pierre à une croix de bois plantée en terre et facilement exposée aux rigueurs et à l'action du temps. Ce n'est point là une dépense de vaine prodigalité, et, sans forcer le sens des mots, on peut la faire entrer au nombre des frais funéraires (1).

Quant à l'achat d'un terrain, nous hésiterions à le compter, ainsi que font certains auteurs, parmi les dépenses privilégiées. L'hygiène et les convenances publiques veulent que le décédé soit inhumé d'une manière décente; mais, d'après l'état des mœurs et de la législation, la concession d'un terrain est, en quelque sorte, une dépense de luxe. S'il était dans les usages

(1) Paul Pont, Code civil, t. X. Privilèges et hypothèques, n° 73. — Thézard, Du nantissement et des privilèges et hypothèques, p. 490.

que toute sépulture fût établie de la sorte, si l'inhumation, telle qu'elle est actuellement la règle commune, était au contraire celle réservée aux seuls indigents, nous déciderions sans doute autrement. Mais il n'en est pas ainsi (1).

88. — On discute aussi la question de savoir si les frais du deuil de la femme, des enfants et des domestiques du défunt sont aussi privilégiés. Le point était également controversé dans l'ancien droit. Dans la doctrine moderne, quelques auteurs accordent toujours le privilège. M. Paul Pont a été l'un des plus ardents défenseurs de cette opinion (2). Suivant lui, c'était le système qui prévalait dans la jurisprudence ancienne, malgré les tendances qu'on avait à réduire le privilège des frais funéraires. « Le deuil, dit-il, est, à notre avis, une de ces nécessités que les convenances imposent... C'est par là surtout que les frais de deuil sont de même nature que les frais funéraires en général, parce que, comme ceux-ci, ils ont leur principe dans le décès même du débiteur... Leur refuser le privilège, ce serait priver les créanciers qui en feraient l'avance d'une sécurité sans laquelle ils ne consentiraient peut-être pas à y pourvoir, et par là mettre la famille dans la position de ne pouvoir satisfaire à l'obligation que les lois sociales imposent ».

Quelques-uns distinguent et accordent le privilège pour le deuil de la femme et des enfants, tandis qu'ils le refusent pour celui des domestiques (3). D'autres enfin se prononcent suivant qu'il est d'usage ou non, dans le pays, que la femme assiste aux funérailles (4).

(1) Aubry et Rau, tome III, § 260-3° — V. infrà, n° 142.
(2) Paul Pont, loc. cit.
(3) Duranton, Droit civil, t. XIX, n° 48.
(4) Mourlon, Examen critique du traité des privilèges de Troplong, n° 70.

Pour nous, nous écartons le privilège dans tous les cas. La loi s'est occupée ailleurs du deuil de la femme ; elle l'a protégé d'une façon spéciale en le garantissant par l'hypothèque légale (art. 1481 et 1570 C. civ.). L'hypothèque ne venant en rang qu'après les privilèges de l'article 2101, c'est la meilleure preuve que le législateur n'a pas voulu mieux faire. Il est impossible, d'autre part, d'attribuer sur ce point aux enfants etaux domestiques un sort différent de celui de la veuve. Ce serait, du reste, dénaturer le sens des termes « frais funéraires » que d'y comprendre les dépenses du deuil, car nous sommes en matière de privilège, c'est-à-dire en présence de dispositions qu'il faut interpréter restrictivement; quelques arrêts des cours d'appel ont cependant statué d'une manière différente (1).

89. — Ce que nous avons dit jusqu'ici du privilège doit s'entendre non seulement des frais faits pour l'insolvable défunt, mais encore de ceux faits par un insolvable en faillite ou en déconfiture à l'occasion du décès de certaines personnes qui lui touchent de près. La loi ne précise pas, mais son esprit parle pour son texte. Celui-ci s'appuie sur une raison de décence et d'hygiène publiques ; or, cette raison existe indistinctement, qu'il s'agisse du débiteur, de son fils ou de son conjoint. Sur ce premier point, tout le monde est d'accord. Mais on hésite sur la limite qu'il faut établir. Certains auteurs ont proposé le criterium suivant : admettre au privilège tous les frais faits pour les personnes de la famille du débiteur qui habitent ordinairement avec lui. Il nous paraît plus juri-

(1) C. d'Agen, 28 août 1834. Gasc. Sirey. 35. 2. 426. — C. de Caen, 15 juillet 1836. Forfait. Sirey. 37. 2. 229. — Cf. Aubry et Rau, III, § 260-2°. — Thézard, loc. cit. — Laurent, Droit civil, t. XXIX, n° 358.

dique d'adopter la règle qui tend à prévaloir et qui assimile au débiteur lui-même les personnes à l'égard desquelles il était tenu de la dette alimentaire. Cette distinction est un peu arbitraire sans doute, mais elle ne l'est pas plus que celle qui exclut le père ou l'enfant du débiteur, quand ils n'habitent pas avec lui.

90. — On s'est demandé si celui qui avait fait l'avance des frais funéraires était subrogé au privilège du créancier de ces frais, de telle sorte que, se retournant vers le patrimoine du débiteur, il puisse demander à être payé par préférence de ses déboursés. Les premiers commentateurs du Code civil ont cru pouvoir résoudre affirmativement la question (1). Ils ont invoqué surtout deux arguments. L'un est tiré de l'ancien droit dans lequel cette subrogation existait. L'autre s'inspire de cette considération que les objets déclarés par la loi insaisissables peuvent être saisis soit par ceux dont la créance a pour cause une fourniture d'aliments, soit par les vendeurs ou fabricants de ces objets pour le prix de vente ou de fabrication, soit par ceux qui ont prêté pour acheter, faire fabriquer et réparer lesdits objets (C. procéd. civ. art. 593). Or la créance des tiers qui ont prêté pour payer les frais funéraires ou qui les ont directement payés est plus favorable que celles de ceux qui ont prêté pour acheter, faire fabriquer ou réparer les objets que la loi veut conserver au débiteur.

M. Mourlon a victorieusement réfuté ces arguments que nul n'a repris depuis lui (2). Son raisonnement est très simple. En matière de privilèges tout est de droit étroit. Les argu-

(1) Delvincourt, t. III, p. 270, n. 2. — Duranton, XIX, 51. — Troplong, 136 bis.

(2) Mourlon, Examen critique du traité des privilèges de Troplong, I, n° 77. — Paul Pont, n° 74.

ments d'analogie, fussent-ils même des arguments *a fortiori*, comme dans le cas présent, sont de peu de poids. Il n'y a pas de privilège sans texte, voilà la règle absolue ; et sur ce point, toute concession est impossible. Pour ce qui est de l'ancien droit, il est à observer d'abord que la règle « pas de privilège sans texte » n'y existait pas. Au contraire, il dépendait du juge de proclamer telle ou telle créance privilégiée, souvent suivant les cas. On remarquera en outre que Renusson, dont M. Troplong se prévaut surtout, suppose un tiers qui était contraint *necessitate juris*, parce qu'il avait ordonné lui-même qu'on appelât le médecin près du malade et qu'il s'était constitué garant du paiement. Nous n'hésiterions pas, dans ce cas particulier, à admettre la subrogation. Ce tiers, s'étant porté garant, s'est obligé avec le débiteur; il se trouvera, après avoir payé, dans la situation prévue par l'article 1251-3° C. civ., qui subroge celui qui a payé ce dont il était tenu avec d'autres ou pour d'autres.

Mais, en dehors de cette hypothèse, celui qui a avancé des fonds à titre de prêt, sans se faire subroger, ne peut être qu'un créancier ordinaire venant au marc le franc.

DEUXIÈME PARTIE

DES INHUMATIONS

CHAPITRE I.

DES INHUMATIONS DANS LE CIMETIÈRE COMMUNAL (1).

ARTICLE I.

Conditions légales d'établissement du cimetière communal.

91. Principe de l'éloignement des lieux de sépulture.
92. Dispositions du décret du 23 prairial an XII quant à la distance. S'appliquaient-elles aux communes rurales ?
93. Leur extension consacrée par l'ordonnance du 6 décembre 1843.
94. Impossibilité d'agrandir un cimetière qui ne se trouverait pas à la distance légale.
95. Mesure et base de cette distance.
96. Situation du terrain.
97. Les fosses : leurs dimensions, leurs distances respectives. Monuments funéraires. Fosses communes.
98. Etendue du cimetière. Réouverture des fosses.

91. — Le régime actuel des cimetières procède d'une réforme qui s'opéra lentement dans l'ancien droit. Nous la

(1) Le lieu de sépulture ordinaire et normal est le cimetière de la commune. Momentanément cette hypothèse sera la seule dont nous nous occuperons; nous verrons ultérieurement sous quelles réserves la loi autorise les inhumations dans la propriété privée, et comment elles sont interdites d'une manière presque générale dans les églises ou les hôpitaux.

trouvons formulée d'une manière à peu près complète dans l'arrêt de règlement du Parlement de Paris du 21 mai 1765 (1), et dans la déclaration royale du 10 mars 1776 (2). Le décret de prairial lui a donné sa forme définitive et consacre le principe de l'éloignement des cimetières dans un intérêt de salubrité publique.

92. — A vrai dire, le décret de prairial ne visait que les cimetières dépendant des villes ou des bourgs. L'article 2 est ainsi conçu : « Il y aura hors de chacune des villes ou bourgs, à la distance de 35 à 40 mètres de leur enceinte, des terrains entièrement consacrés à l'inhumation des morts. » Les communes rurales n'y sont point désignées. Cette omission a-t-elle été volontaire ? Elle se fait d'autant plus remarquer en tous cas que la déclaration du 10 mars 1776 avait rendu obligatoire la translation des cimetières pour toutes les communes sans distinction. La différence, croyons-nous, n'a point été voulue par le décret de l'an XII, dont l'unique but, d'après le rapport fait au conseil d'Etat, était de grouper en un seul les divers documents législatifs précédents. Ne pourrait-on pas néanmoins trouver à cette distinction un fondement en raison ? Il est certain que l'intérêt d'éloigner les sépultures apparaît beaucoup moins quand il s'agit de cimetières de villages que quand on est en présence d'agglomérations urbaines, où les conditions de l'hygiène sont toutes autres. Le Christianisme, dans une pensée de foi très salutaire, avait

(1) Cet arrêt était intervenu à propos des conditions défavorables où se trouvaient les habitations voisines du cimetière des Innocents. (V. cet arrêt et son commentaire dans Denisart, Collect. de Déc. Nouv. t. IV, v° Cimetières.)

(2) Elle étendait à tout le royaume les mesures prises le 23 mars 1775 par l'archevêque de Toulouse, dans un mandement célèbre que le Parlement de cette ville avait aussitôt homologué.

placé le champ de repos auprès de l'église : en favorisant ainsi le culte des morts, il mêlait à l'existence des vivants le souvenir constant de ceux qui ne sont plus, et cette tradition s'était pieusement conservée. La population des villages s'est-elle tellement accrue, la science a-t-elle reconnu de tels dangers dans la pratique des anciens usages qu'avec le progrès de la civilisation, le besoin de la modifier se soit justement imposé ?

Cette question complexe n'est point de notre domaine, et nous n'avons pas à la discuter. Constatons seulement que, sous l'empire de la législation de prairial, les communes rurales étaient encore parfaitement libres de conserver leurs cimetières tels qu'ils avaient été autrefois établis. C'est ce que nous trouvons très nettement exposé dans une circulaire à la date du 28 thermidor an XII (1). Le décret de prairial obligeait donc les seules agglomérations urbaines. Pour distinguer pratiquement les villes ou bourgs des villages, il fallait avoir égard à leur degré d'importance et au chiffre de leur population. C'était une pure question de fait que décidait chaque fois l'administration, sauf recours au conseil d'Etat.

93. — Cependant la tendance à généraliser les termes du décret s'accentuait peu à peu ; et maintes fois l'administration, désireuse de l'appliquer sans exception, s'était heurtée au refus justifié des communes rurales. C'est alors qu'intervint l'ordonnance du 6 décembre 1843. Les conseils généraux, consultés par le ministre de l'intérieur, avaient été d'avis, en grand nombre, que le décret de prairial devait être étendu à toutes les communes ; quelques-uns toutefois émirent l'opinion qu'il ne serait bon de l'appliquer qu'aux

(1) Journal des Communes, t. XIII, p. 308.

communes comptant plus de 300 âmes. L'ordonnance ne distingua point, et ainsi elle trancha les causes d'incertitude qui s'étaient présentées relativement à l'application de la mesure prescrite par le décret de prairial. Il y a cependant encore une différence entre ces deux documents, mais plutôt théorique que pratique. Pour les villes et les bourgs, l'obligation de transférer les cimetières est de rigueur, d'après le décret de prairial ; pour les villages, elle dépend du vouloir de l'administration, qui peut à son gré l'imposer sans y être tenue, suivant l'article 1er de l'ordonnance de 1843. Distinction surtout théorique, disons-nous, car le préfet a toujours, dans les deux cas, le pouvoir d'obliger le conseil municipal à la translation. Désormais donc, il n'y a plus lieu de faire une différence entre les bourgs et villes d'une part et les villages de l'autre. Notons seulement, en terminant sur ce point, que nombre de communes rurales ne se sont pas encore conformées aux dispositions sus-énoncées et ont gardé leurs anciens cimetières.

94. — L'administration tolère cet état de choses, mais elle ne peut permettre d'agrandir un cimetière qui se trouverait ainsi en dehors des règles exigées par la loi. Il y aurait, de sa part, excès de pouvoir. Il serait donc impossible d'agrandir un cimetière qui serait situé à moins de 35 ou 40 mètres des maisons d'habitation; la chose serait faisable cependant, si, à la suite de cet agrandissement, on désaffectait la partie du cimetière se trouvant jusque-là dans une situation illégale, de telle sorte que, dans son ensemble, il arrivât à être établi conformément à la loi.

95. — La distance réglementaire entre les lieux de sépulture et les agglomérations d'habitations est fixée, avons-nous

dit, à un minimum de 35 à 40 mètres, qu'il s'agisse de l'établissement ou de l'agrandissement des cimetières. Pour compter cette distance, il n'y a point de difficultés si la ville est entourée d'un mur de clôture. Mais ce cas, très rare même pour une cité, ne se présentera jamais pour un bourg ou un village dont, en fait, il sera difficile de déterminer ce qui en constitue l'enceinte. La jurisprudence, entièrement fixée sur ce point, décide qu'il faut prendre la distance à partir, non point des maisons isolées, mais du périmètre extérieur des habitations groupées, ou des jardins ou enclos qui leur font suite immédiate (1). La prohibition d'établir ou d'agrandir le cimetière n'est pas applicable lorsqu'il s'agit d'enclos considérables en partie affectés à une exploitation agricole, car on ne peut pas dire qu'ils font partie intégrante des habitations (2).

96. — La distance à observer entre les cimetières et les lieux d'habitation n'est pas la seule condition requise par les textes que nous étudions. L'intérêt de l'hygiène leur fait encore recommander de choisir de préférence, pour l'emplacement des cimetières, « les terrains les plus élevés et au nord » (3). Il ne faut point toutefois voir là une obligation rigoureuse, mais un important conseil pour les cas habituels: en faire une règle absolue serait donner un sens inexact à l'art. 3 du décret de prairial. D'autres considérations en effet peuvent à bon droit influer sur le choix de l'emplacement du cimetière. Signalons, par exemple, la nécessité de luiménager

(1) C. d'Etat, 16 janvier 1856. Renout. D. P. 56. 3. 43. — 4 avril 1861. Bayne. D. P. 62. 3. 1. — 28 mai 1866. D.P. Blondeau. 67. 3. 39. — 7 janvier 1869. Riom. D. P. 70. 3. 6. — 16 avril 1880. Dantier. D. P. 81. 3. 10. — 23 décembre 1881. Jugy. D. P. 83. 3. 38.

(2) C. d'Etat, 21 janvier 1869. Lesbros. D. P. 72. 3. 12. — 2 juillet 1875. Olivier. D. P. 76. 3. 30. — 13 avril 1881. Lallouette. D. P. 82. 3. 84.

(3) Décret du 23 prairial an XII, art. 3.

un abord facile, sans parler des différentes circonstances où pratiquement il sera impossible de tenir compte de la recommandation dont nous parlons. Le texte de l'art. 3 n'est point impératif, et il est justement interprété par la circulaire du ministre de l'intérieur, accompagnant l'ordonnance du 6 décembre 1843, quand elle dit : « Les termes du décret de prairial ne signifient pas toutefois qu'en cas d'obstacles provenant de la disposition des localités, on ne puisse, à défaut d'autre, choisir un emplacement situé dans des conditions différentes. »

97. — Poursuivons l'énumération des conditions voulues pour assurer aux morts dans le cimetière une sépulture régulière. Chaque inhumation, dit le décret de prairial, aura lieu dans une fosse séparée, qui doit avoir un mètre cinq décimètres à deux mètres de profondeur sur huit décimètres de largeur, et sera remplie de terre bien foulée. Les fosses seront distantes les unes des autres de trois à quatre décimètres sur les côtés et de trois à cinq décimètres à la tête et aux pieds (art. 4 et 5). Elles seront creusées par le jardinier-terrassier-entrepreneur, suivant le tarif accepté par lui (règlement du 10 avril 1827, art. 8, 13, 15) ; il en sera de même pour toutes les fouilles nécessaires aux fondations des monuments et à l'établissement des caveaux funéraires. Quant à l'érection du tombeau lui-même, chaque famille peut à son gré choisir son entrepreneur, qui sera soumis néanmoins à la surveillance du concierge ; les familles, dans ce cas, seront responsables des éboulements qui pourraient se produire (art. 9 du règlement).

Par les dispositions précédentes, le décret de prairial supprime l'usage, trop fréquent jusque-là, des inhumations dans les fosses communes. Cependant le nombre des décès dans les grandes villes, et spécialement à Paris, ne permet pas tou-

jours de donner à chaque cadavre une sépulture isolée. On procède alors à l'inhumation par tranchées dans de grandes fosses où les cercueils sont placés les uns à côté des autres. Chaque tranchée est séparée par un intervalle de cinquante centimètres. Les familles mettent en ce cas, sur le cercueil même, les signes funéraires dont elles veulent honorer le mort.

98. — Le décret de prairial, toujours dans le même but d'utilité pour la salubrité publique, prescrit une autre règle qui écarte le danger que présenterait le renouvellement trop rapproché des fosses. Il stipule que la réouverture des fosses pour nouvelles sépultures ne doit avoir lieu qu'après cinq années à partir de l'époque où le corps a été inhumé. Comme conséquence de ce principe, ajoute-t-il, les terrains destinés à former le cimetière doivent être cinq fois plus étendus que l'espace nécessaire pour y déposer le nombre présumé des morts qui peuvent y être enterrés chaque année. (Art. 6.)

ARTICLE II.

Rôle de l'autorité préfectorale.

§ I. — *Comment il lui est dévolu.*

99. Décentralisation au profit du préfet, en cas de résistance de l'administration communale.
100. Contestation préalable de l'utilité de la mesure.
101. Arrêté du préfet. Il peut contenir accessoirement des dispositions provisoires.
102. Mais la translation ou l'établissement du cimetière auront toujours le caractère définitif.
103. Voies de recours contre cet arrêté.
104. Simple homologation en cas d'initiative du conseil municipal.

99. — Une fois ces règles générales connues, recherchons l'autorité compétente pour les appliquer et les faire respecter.

Qui sera donc juge de la nécessité de la translation, de l'établissement ou de l'agrandissement du cimetière ? Qui l'ordonnera ? Et qui connaîtra de toutes les questions et difficultés pouvant s'élever à ce sujet ?

Le conseil d'Etat avait décidé que lorsqu'une commune urbaine refusait de se conformer aux dispositions du décret de prairial, le droit de l'y contraindre appartenait au roi (1). Quand intervint la règle de décentralisation posée dans la loi du 18 juillet 1837, les préfets héritèrent de cette compétence ; ils reçurent donc le pouvoir de traiter directement la question et de s'occuper eux-mêmes de la translation du cimetière, si le maire, mis en demeure, se refusait à appliquer le décret dans sa commune (2).

Enfin l'ordonnance de 1843, par les termes très généraux de son article 1^er^, donne, en cette matière, aux préfets qui reconnaissent la nécessité de la translation, un pouvoir entier et discrétionnaire pour l'opérer, malgré les résistances de l'administration communale.

Remarquons que l'article 1^er^ de notre ordonnance fait échec au principe reconnu par la loi de 1837 et non contredit par les lois plus récentes, à savoir que les communes ont le droit de ne pas faire, sans avoir le droit de faire. Ici le droit même de ne pas faire est enlevé à la commune ; elle ne peut s'opposer à l'intervention directe du préfet. Celui-ci est obligé, sans doute, de consulter le conseil municipal ; mais il n'est nullement tenu de se conformer à son avis : la décision lui appartient, et il a le droit d'initiative.

100. — Cependant, avant de prendre l'arrêté ordonnant la

(1) C. d'Etat, 10 janvier 1827. Com. de Limalonge c. Brothier. D. P. 27. 3. 40. — 14 septembre 1830. Com. de Taraine. D. P. 23. 3. 20.

(2) Circulaire du 20 juillet 1841. Bulletin du ministère de l'intérieur, p. 259.

translation, il devra faire constater l'utilité de la mesure « par des hommes de l'art », dit la circulaire du 30 décembre 1843. Dans un rapport circonstancié, ils apprécieront « les dangers ou les inconvénients qui résultent soit de la situation topographique, soit de l'insuffisance d'étendue, soit de la nature du sol du cimetière ou de toute autre cause ». Ce rapport sera soumis au conseil municipal, qui fera les observations qu'il jugera devoir faire, et le préfet prendra ensuite son arrêté.

101. — Cet arrêté, en même temps que l'ordre de translation, pourra contenir des dispositions d'un caractère provisoire, ayant précisément pour but de faciliter cette translation. C'est ainsi que le conseil d'Etat a décidé que le préfet peut permettre de continuer les inhumations dans les terrains concédés de l'ancien cimetière, jusqu'au complet établissement du nouveau (1).

102. — Mais la translation elle-même ne pourra jamais avoir lieu à titre provisoire. L'établissement d'un cimetière, en effet, est une opération essentiellement définitive. L'administration ne peut prendre possession du terrain destiné à le former qu'après cession amiable ou expropriation. D'ailleurs, le respect dû aux morts ne permet pas d'admettre que le préfet, en autorisant à inhumer dans une propriété, ait entendu réserver au propriétaire le droit de faire enlever tous les corps, dans le cas où l'expropriation ne serait pas ultérieurement prononcée (2).

103. — L'arrêté du préfet émane du pouvoir discrétionnaire que nous lui avons reconnu dans la matière. Il n'est donc pas susceptible d'être attaqué par la voie contentieuse. Mais

(1) C. d'Etat, 17 juin 1881. Davaine. D. P. 82. 3. 113.
(2) Id., 3 janv. 1873. De Bussière. D. P. 73. 3. 60.

la voie gracieuse demeure toujours ouverte. En outre, s'il y a eu violation des formalités essentielles : par exemple, si le conseil municipal n'a pas été consulté, les intéressés, et particulièrement le conseil, pourront exercer le recours pour excès de pouvoir. Il en serait encore de même si le préfet, dans l'espèce, s'était inspiré de considérations étrangères au débat, politiques ou autres, questions le plus souvent difficiles à préciser.

104. — Si le conseil municipal avait pris lui-même l'initiative et demandé le premier la translation, le préfet n'aurait qu'à homologuer sa décision en prenant un arrêté conforme.

Nous allons maintenant étudier le rôle de l'autorité préfectorale dans le choix et l'acquisition du terrain destiné à devenir le cimetière.

§ II. — *Choix du terrain.*

105. Formalités préalables.
106. Second arrêté du préfet.
107. Possibilité de recours contre ce nouvel arrêté. Par qui formé.
108. Où peut être pris le terrain ?

105. — C'est le préfet qui le détermine. Mais, avant l'intervention de ce fonctionnaire, deux formalités sont exigées :

1° La désignation de l'emplacement d'un nouveau cimetière doit être précédée d'une enquête *de commodo et incommodo,* qui, aux termes de la circulaire du 30 décembre 1843, portera uniquement sur cette désignation et sera soumise aux formes ordinaires prescrites pour les enquêtes par la circulaire du 20 août 1825.

2° L'avis du conseil municipal doit toujours être demandé. Ce sont là deux points rigoureusement requis. On a l'habi-

tude, dans la pratique, de consulter aussi le sous-préfet et le conseil de fabrique ; mais cela n'est pas essentiel.

106. — Ces préliminaires accomplis, le préfet prendra un nouvel arrêté, le second par conséquent dans l'ordre des opérations administratives que nous étudions. Là encore il peut se trouver en opposition ou d'accord avec le conseil municipal. Au dernier cas, il n'aurait qu'à approuver la délibération du conseil ; il lui est même recommandé, par une circulaire ministérielle (1), d'adopter autant que possible le choix fait par les représentants de la commune, lorsque le terrain réunit les conditions requises que nous avons examinées.

107. — Comme le premier arrêté ordonnant la suppression du cimetière, celui-ci constitue un acte administratif qui n'est point attaquable par la voie contentieuse, et pour les mêmes raisons (2). Mais, comme lui encore, il est réformable par la voie gracieuse, et susceptible de recours pour excès de pouvoir, lorsque les formalités légales auront été transgressées, c'est-à-dire quand l'enquête n'aura pas eu lieu, ou que le conseil municipal n'aura pas été consulté. On pourra encore exercer le recours pour excès de pouvoir, en cas de violation des règles strictes posées pour l'établissement régulier des nouveaux cimetières : lorsque, par exemple, le terrain choisi par le préfet est distant de moins de 35 mètres de l'agglomération des maisons d'habitation, ou encore lorsqu'il est d'une étendue telle qu'il ne pourrait contenir cinq fois le nombre des morts que la commune est présumée y déposer chaque année (3).

(1) Journal de droit administratif 1865, p. 362.

(2) C. d'Etat, 10 janv. 1827. 14 septembre 1830. Arrêts précités. — 8 novembre 1833. Aff. Gipier.

(3) C. d'État, 13 novembre 1835. Ville de Marseille c. Roux et Debourges. D. P. 36. 3. 54.

Le recours sera formé par les intéressés, c'est-à-dire par la commune, si elle se croit en droit d'agir ; ou encore, par les propriétaires avoisinants à qui l'établissement de nouveaux cimetières impose les servitudes que nous étudierons. Il peut même l'être, d'après une décision du conseil d'État (1), par les habitants de la commune, agissant en leur nom personnel, comme étant directement intéressés à ce que les sépultures de leurs parents ne soient pas illégalement troublées.

108. — Le terrain destiné à devenir le cimetière sera habituellement pris dans la commune. Rien ne s'oppose cependant à ce qu'il dépende d'une commune voisine, si les circonstances l'exigent. Le fait se présentera, par exemple, pour une grande ville dont le mur d'enceinte peut être contigu à une commune voisine. L'administration jugera s'il est opportun d'autoriser cette mesure, et sa décision ne sera point attaquable pour excès de pouvoir (2).

§ III. — *Acquisition du terrain.*

109. I. Cession amiable. Règles ordinaires des acquisitions communales. Double hypothèse.
110. II. Expropriation. Difficultés d'apprécier l'utilité publique. Enquête préalable.
111. Loi du 7 avril 1873 sur les tombes des soldats morts pendant la guerre franco-allemande.
112. Le maire représente la commune dans l'acte d'acquisition ; à son défaut, le préfet.
113. Cas où la commune est déjà propriétaire du terrain.
114. Différentes opérations d'aménagement du cimetière. Caractère de travaux publics.

Le terrain peut être vendu à l'amiable ou exproprié, sui-

(1) C. d'État, 13 décembre 1878. Anty. D. P. 79. 3. 35.

(2) Id. 29 mai 1867. Com. d'Oissery. D. P. 68. 3. 81.— 4 décembre 1874. Com. de Villemoutiers. D. P. 75. 3. 85.

vant que le propriétaire consent ou non à l'aliénation. — Examinons les deux hypothèses.

109. — I. *Vente amiable.*

On se conformera aux règles générales posées par les lois municipales du 18 juillet 1837 et du 5 avril 1884. Ces règles varient selon que le conseil municipal a voté la dépense ou s'y est refusé. Nous les donnons sans commentaires, et sans les comparer aux dispositions abrogées de la loi du 24 juillet 1867.

A. — Le conseil municipal a inscrit la dépense à son budget. Le maire passera l'acte d'acquisition. La délibération du conseil municipal sera soumise à l'approbation préfectorale, aux termes de la loi du 5 avril 1884 (1), « quand la dépense, totalisée avec celle de même nature pendant l'exercice courant, dépasse les limites des ressources ordinaires et extraordinaires que les communes peuvent se créer sans autorisation spéciale ».

B. — Le conseil municipal n'alloue pas les fonds exigés pour cette dépense obligatoire, ou n'alloue qu'une somme insuffisante. Il sera mis en demeure de prendre une nouvelle délibération à ce sujet. Cette formalité remplie, « l'allocation sera inscrite au budget de la commune par décret du président de la République pour les communes dont le revenu est de 2 millions et au-dessus, ou par arrêté du préfet en conseil de préfecture pour celles dont le revenu est inférieur » (2).

Le même article 149 de la loi du 5 avril 1884, reproduisant l'article 39 *in fine* de la loi du 18 juillet 1837, ajoute : « Si les

(1) Art. 68-3°.
(2) Art. 149.

ressources de la commune sont insuffisantes pour subvenir aux dépenses obligatoires inscrites d'office, il y est pourvu par le conseil municipal, ou, en cas de refus de sa part, au moyen d'une contribution extraordinaire établie d'office par un décret, si la contribution extraordinaire n'excède pas le maximum à fixer annuellement par la loi de finances, et par une loi spéciale, si la contribution doit excéder ce maximum ».

On suivra donc sans exception les règles qui régissent les acquisitions communales. Nous précisons particulièrement ce point parce qu'il n'en a pas toujours été ainsi. Le décret de prairial, dans le but de favoriser la translation des cimetières, décidait que, pour l'acquisition des terrains, il suffisait de l'autorisation générale donnée par la déclaration de 1776. Depuis la loi de 1837, cette législation exceptionnelle a disparu : désormais le droit commun est appliqué, et la loi municipale du 5 avril 1884 consacre ce principe.

110. — II. *Expropriation.*

Si le propriétaire ne consent pas à céder son terrain à l'amiable, il faudra recourir à l'expropriation pour cause d'utilité publique. La circulaire qui accompagne l'ordonnance du 30 décembre 1843, prescrit toutefois de n'employer ce moyen qu'avec une extrême réserve, et seulement s'il est absolument impossible d'acheter amiablement dans la commune un autre terrain propre aux inhumations. Il sera souvent difficile de déterminer les hypothèses dans lesquelles il y aura utilité publique. Le conseil d'État a jugé, par exemple, que le principe de l'expropriation s'appliquait non seulement au cas d'établissement d'un nouveau cimetière, mais encore au cas d'a-

grandissement (1). Sa jurisprudence a varié dans l'hypothèse où cet agrandissement aurait plutôt pour but la facilité d'accroître le nombre des concessions que la nécessité de satisfaire à la règle concernant l'étendue du cimetière posée dans l'article 6 du décret de prairial. Il avait d'abord décidé que le principe de l'expropriation ne pouvait être appliqué (2) ; puis il s'est prononcé pour l'affirmative (3), jugeant, avec raison selon nous, que les concessions ne doivent pas être regardées exclusivement comme une source de revenus pour la commune, mais qu'elles fournissent aux familles le moyen d'accomplir plus complètement le devoir de la sépulture envers leurs membres.

L'utilité publique sera déclarée par un décret que précédera une enquête ; et la procédure ordinaire de l'expropriation suivra ensuite son cours. L'enquête dont il s'agit porte exclusivement sur l'utilité publique de ce travail communal (4) ; elle ne doit point se confondre avec l'enquête *de commodo et incommodo* qui intervient lors de la désignation du terrain, et qui suit les règles que nous avons indiquées.

111. — Rattachons à ce point une loi du 7 avril 1873, votée sans discussion par l'Assemblée nationale, relative à la conservation des tombes des soldats morts pendant la dernière guerre (5). Entre autres dispositions, elle autorise l'Etat à acquérir, par voie d'expropriation pour cause d'utilité publi-

(1) C. d'Etat, 13 juillet 1825. D. A. v° Culte, n° 793.
(2) Id. 21 juillet 1835 et 22 janvier 1836, id.
(3) Id. 13 avril 1836, id.
(4) Ordonnance du 23 août 1835.
(5) V. l'analyse de cette loi dans la Revue générale d'administration, 1879, t. II, p. 177.

que, les terrains non clos situés en dehors des cimetières, dans lesquels se trouvent une ou plusieurs tombes militaires, et les terrains nécessaires pour les exhumations et les chemins d'accès. Les terrains à acquérir, dit cette loi, et les terrains occupés temporairement jusqu'aux exhumations, qui ne pourront avoir lieu qu'après un délai de cinq années, seront désignés, après enquête, par des arrêtés du préfet, approuvés par le ministre de l'intérieur (art. 2). On suivra la procédure ordinaire de l'expropriation, réglée par la loi du 3 mai 1841, avec cette différence importante, toutefois, que les indemnités seront déterminées par le petit jury d'expropriation, conformément à la loi du 21 mai 1836. C'est là un des cas particuliers réservés à la compétence du petit jury (1).

112. — Le maire étant le représentant de la commune dans tous les actes de sa vie civile, c'est lui qui passera l'acte d'acquisition ou paraîtra aux opérations de l'expropriation. Qu'arriverait-il s'il se dérobait à ce devoir? Le préfet, après l'en avoir requis, le remplacera et jouera d'office le rôle qu'il aurait dû remplir. Il est inutile d'ajouter qu'en outre le préfet a vis-à-vis du maire le droit de révocation ou de suspension (2).

113. — Jusqu'ici nous nous sommes placé dans l'hypothèse où la commune est obligée de se procurer l'emplacement du cimetière, soit par voie amiable, soit par voie d'expropriation. Mais si déjà elle en est elle-même propriétaire, les choses sont bien simplifiées. Une délibération du conseil municipal suffit pour affecter le terrain à sa nouvelle

(1) Ducrocq, Cours de Dr. adm., 6e édit. t. II, n° 846.
(2) Art. 85 et 86 de la loi du 5 avril 1884.

destination. Si le conseil s'y oppose, un arrêté préfectoral interviendra, qui vaincra sa résistance.

114. — Lorsqu'à la suite des différentes phases que nous venons d'énumérer, le terrain est définitivement destiné à la sépulture des morts, il reste à le rendre propre à cet usage. Pour cela, différents travaux sont nécessaires: travaux de terrassement, de nivellement, de maçonnerie. D'après les termes du décret de prairial, les cimetières doivent être entourés de murs de clôture, ayant au moins deux mètres de hauteur, murs qui, par une tolérance de l'administration et non en vertu d'un droit de la commune, peuvent être remplacés par des haies vives bien entretenues, dans les localités où la dépense pour la construction et la conservation de ces murs serait trop considérable.

Le même décret recommande de planter d'arbres les terrains publics affectés aux sépultures, dans un but à la fois d'ornementation et de salubrité. Ces différentes opérations d'aménagement font partie des dépenses obligatoires de la commune : le maire en aura la surveillance, ou le préfet, au cas où, comme nous l'avons vu précédemment, il substituerait son autorité à celle du maire.

Les travaux de terrassement et de maçonnerie dont nous venons de parler, de même que ceux d'agrandissement et d'exhaussement du cimetière, ont le caractère de travaux publics ; par suite, c'est à l'autorité administrative qu'il appartiendrait de prononcer sur les contestations qui pourraient s'élever à propos de leur exécution ou de leur payement, entre l'entrepreneur et l'administration communale (1).

(1) Trib. des conflits, 3 juillet 1850. Manuel. D. P. 51. 3. 19. — C. d Etat, 30 juin 1853. Lambert. D. P. 54. 3. 12.

ARTICLE III.

Désaffectation du cimetière.

115. Délai de cinq années après la fermeture.
116. A qui sont attribués les objets abandonnés provenant du cimetière.
117. Autorisation nécessaire pour les fouilles.
118. A partir de quel moment le terrain peut-il être vendu ou affermé ?

115. — Les terrains communaux affectés aux sépultures ne conservent pas forcément cette perpétuelle destination, et l'autorité préfectorale qui les a établis ou transférés peut en prononcer la désaffectation. Nous sommes loin de la théorie romaine qui marquait d'un caractère indélébile d'inaliénabilité le lieu religieux tant que le cadavre y était déposé. Le décret de prairial a cherché à concilier les devoirs de respect envers les morts et les mobiles de la salubrité publique avec l'intérêt de l'agriculture et de la circulation des biens. Dans ce but, il a décidé que les cimetières supprimés demeureraient pendant cinq années dans l'état où ils se trouvaient au jour de la désaffectation. Défense est faite dès lors de procéder à de nouvelles inhumations ; le maire, en vertu de son droit de police, doit veiller à ce que le sol ne subisse aucune modification. Une fois ce laps de temps écoulé, le terrain pourra être ensemencé et planté. C'est aussi à partir de ce moment que les pierres tombales, grilles, croix, débris de monuments, etc., pourront être enlevés par les soins du maire.

116. — On s'est posé la question de savoir à qui appartiennent ces objets. Quelques-uns ont voulu les assimiler aux produits spontanés du sol, et les attribuaient en conséquence aux fabriques, avant la réforme de la loi municipale du 5

avril 1884 qui déclare les communes désormais propriétaires de tous les produits sans distinction.

D'autres ont revendiqué le droit de propriété pour la commune en invoquant le brocart: « *accessorium sequitur principale* ».

Observons qu'en réalité, ces objets ne sont la propriété ni de la commune ni de la fabrique. Ils ont été placés dans le cimetière par les soins des familles, à qui ils devront être remis si elles les réclament; autrement, on doit les considérer comme des biens vacants et sans maître, et en conséquence les attribuer à l'Etat. En fait, l'administration prévient les familles, par les moyens ordinaires de publicité, qu'elles aient à enlever ces matériaux, et l'Etat n'en prend possession qu'après un nouvel avis et une année révolue à compter du jour du premier avertissement.

La circulaire ministérielle du 30 décembre 1843 décide que, vu le peu d'importance de ces objets, ils sont abandonnés aux communes pour l'entretien et l'amélioration des cimetières. Les convenances ne permettent pas qu'ils soient vendus par la commune pour être employés à un autre usage.

117. — Nous avons dit que le terrain pourrait être ensemencé et planté cinq ans après la fermeture du cimetière. Que faut-il décider par rapport aux fouilles et autres travaux qui obligent à creuser plus profondément le sol? L'administration les autorisera ou les interdira, suivant les cas. La permission devra toujours lui être demandée.

118. — En ce qui concerne le droit de disposer à titre onéreux du terrain, de le vendre ou de l'affermer, il appartient au maire, dès la fermeture du cimetière, croyons-nous, pourvu

que les prescriptions précédentes, édictées pour sauvegarder la décence et la salubrité, soient observées. Décider autrement serait mal interpréter les articles 8 et 9 du décret de prairial, ainsi conçus :

« Art. 8. — Aussitôt que les nouveaux emplacements seront disposés à recevoir les inhumations, les cimetières existants seront fermés, et resteront dans l'état où ils se trouveront, sans que l'on en puisse faire usage pendant cinq ans.

« Art. 9. — A partir de cette époque, les terrains servant maintenant de cimetière pourront être affermés par les communes auxquelles ils appartiennent, mais à condition qu'ils ne soient qu'ensemencés et plantés, sans qu'il puisse y être fait aucune fouille ou fondation pour des constructions de bâtiment jusqu'à ce qu'il en ait été autrement ordonné. »

CHAPITRE II.

DE LA PROPRIÉTÉ DES CIMETIÈRES.

ARTICLE I.

De l'existence du droit de propriété sur les cimetières.

119. Conflit entre les communes et les fabriques.

119. — Après avoir étudié les règles qui concernent l'établissement du cimetière, nous sommes logiquement amené à nous demander à qui en appartient la propriété. Question quasi-classique dans la matière, importante surtout en raison des conséquences qui en découlent, et plus vivement débattue dans la doctrine que dans la pratique. Elle se pose entre les communes d'une part, et les fabriques de l'autre, celles-ci invoquant la non-abrogation législative des textes qui consacraient leurs droits avant 1789. Nous rechercherons la solution qui nous paraîtra la plus légale ; mais, avant d'entrer dans la discussion, il importe d'écarter une troisième opinion, peu soutenable à vrai dire, d'après laquelle il faudrait ranger les cimetières et leurs murs de clôture dans le domaine public, et par conséquent dans le domaine public communal (1). Quelques mots seulement suffiront sur ce point.

(1) C. de Lyon, 4 février 1875. Triomphe c. Marduel. D. P. 77. 2. 161. — Id. 7 juillet 1883, Nique c. Morin. D. P. 85. 2. 34.

§ I. — *Doctrine de la domanialité publique.*

120. Les trois caractères de cette domanialité.
121. S'appliquent-ils au cimetière?
122. Non-incompatibilité entre la nature du cimetière et l'idée de propriété.
123. Absence de texte positif et de criterium de distinction.

120. — La théorie de la domanialité publique, telle qu'elle est présentée par la plupart des auteurs, repose sur trois caractères dégagés des articles 538, 539, 540, 541 du Code civil, d'où il résulte qu'un bien, pour être du domaine public, doit être insusceptible de propriété privée, être une portion du territoire français, être affecté à l'usage direct et immédiat de tous.

Pour formuler cette théorie, la doctrine et la jurisprudence ont tour à tour modifié et interprété largement les textes des articles précités (1). Ce n'est pas le lieu de critiquer leur œuvre ; remarquons seulement que, malgré sa simplicité apparente, les difficultés sont nombreuses et les divergences éclatantes entre les jurisconsultes, quand il faut descendre des hauteurs de la théorie aux points spéciaux de la pratique.

121. — Des trois caractères qu'énonce cette formule théorique, il nous faut surtout retenir le premier, et nous demander s'il convient à la nature des cimetières. Le second en effet est sans importance, tout en présentant dans l'expression une certaine solennité tirée de l'art. 538 C. civ. Il est incontestable que les cimetières font partie du territoire français ; la question ne soulève donc pas d'intérêt.

(1) C'est ainsi qu'ont été retranchés du domaine public les lais et relais de la mer, les biens vacants et sans maître, les fortifications déclassées.

Quant au troisième, d'après lequel tout bien du domaine public doit être affecté à l'usage direct et immédiat de tous, et non pas à un service public (si l'on admet cette distinction souvent difficile à préciser dans la pratique), il est indéniable que ce signe ne s'applique pas aux cimetières, car ceux-ci, pour être affectés à leur destination légale régulière, ont besoin de l'intervention de la puissance administrative, tandis que les biens du domaine public tiennent d'eux-mêmes leur condition naturelle, constante et universelle.

Examinons donc le premier caractère.

122. — Tout bien du domaine public, dit la théorie domaniale, est insusceptible de propriété privée. Est-ce là le cas du cimetière? Y a-t-il incompatibilité entre sa nature et l'idée de propriété? En aucune façon. Sans doute rien ne doit entraver le service public et régulier des inhumations; rien ne doit s'opposer à ce que le cimetière reçoive sa pleine et entière destination; mais point n'est besoin, pour l'assurer, de le ranger dans le domaine public. C'est le rôle de l'administration de faire respecter cette destination sur laquelle en définitive l'état de domanialité publique ou de domanialité privée ne peut avoir aucune influence. D'autre part, pourquoi la nature du cimetière répugnerait-elle à l'existence de certains droits réels exercés sur lui, et, partant, au droit de propriété? Ce droit se manifeste bien sur les sépultures dans les terrains privés; pourquoi ne s'exercerait-il pas sur les cimetières publics? Il faut reconnaître d'ailleurs que les concessions de terrains pour sépultures, ainsi que nous le verrons bientôt, ont leur base sur ce droit de propriété : leur état juridique ne saurait se concevoir tel qu'il est, si l'on admettait que le cimetière fait partie du domaine public. Nous en

dirons autant des produits spontanés des cimetières, dont l'attribution, faite autrefois aux fabriques, depuis la loi municipale de 1884 aux communes, suppose toujours l'existence et l'exercice d'un droit de propriétaire.

123. — Rien donc, dans la nature des cimetières publics, n'est inconciliable avec l'idée de propriété privée (1). Au demeurant, pour les compter parmi les choses faisant partie du domaine public, nous voudrions un texte qui les y rangeât positivement. Sans vouloir discuter la théorie de la domanialité que nous n'avons fait qu'énoncer, il nous paraît difficile en principe de distinguer jusqu'à quel point un bien est ou n'est pas susceptible d'appropriation privée. On peut estimer qu'à chaque objet correspond un mode spécial du droit de propriété suivant son être et sa destination. Se fonder uniquement sur la nature des choses pour en déclarer l'insusceptibilité absolue d'un mode d'appropriation quelconque, ne nous semble pas un raisonnement absolument certain. Mais, au contraire, dès qu'intervient la volonté expresse de la loi, toute difficulté tombe. Or, les articles 538 à 542 C. civ. ne parlent pas des lieux de sépulture, et nous ne connaissons aucun texte ayant trait à ce point. Nous avons vu d'autre part, autant qu'on peut s'en rendre compte, que, d'après les données de la théorie domaniale, il n'y a aucune incompatibilité entre la nature des cimetières et l'idée d'appropriation : concluons-en d'une façon certaine qu'ils ne font point partie du domaine public.

(1) Ducrocq, Cours de Dr. administ., t. II, n° 1419. — Batbie, Droit public et administratif, t. V, n° 314.

§ II. — *Doctrine de la domanialité privée.*

124. *A.* Des cimetières établis avant 1789. A qui ils appartenaient. Loi du 13 brumaire an II.
125. Portée du décret du 7 thermidor an XI.
126. Les cimetières non aliénés et le nouveau patrimoine des fabriques.
127. Système de la jurisprudence.
128. *B.* Des cimetières postérieurs à 1789. A qui ils appartiennent. Cas exceptionnels où la fabrique sera propriétaire.
129. Juridiction compétente.

124. — La question de la domanialité publique abandonnée, nous revenons à notre point de départ, et nous nous demandons à qui actuellement est dévolue la propriété des cimetières. Il nous est nécessaire d'envisager successivement les cimetières de création postérieure à 1789, et ceux dont l'existence est antérieure à cette époque. C'est au sujet de ces derniers que surgissent les difficultés sérieuses de la controverse.

A. Avant la Révolution, les cimetières, de l'aveu de tous, étaient presque toujours propriété des établissements ecclésiastiques. Quelquefois cependant, ils avaient été créés par les communautés d'habitants, et en conséquence leur appartenaient. C'est ainsi que l'art. 8 de l'édit de mars 1776 autorise « les villes et communautés d'habitants » à acquérir les terrains nécessaires pour de nouveaux cimetières. Mais, le plus souvent, ils faisaient partie des biens ecclésiastiques et étaient la propriété des paroisses représentées aujourd'hui par les fabriques.

La confiscation révolutionnaire survint : elle engloba du même coup tous les biens des paroisses, et, partant, les cime-

tières qui en dépendaient. Sans doute, ils continuèrent à servir aux inhumations communales, comme par le passé; mais le principe de la confiscation, voulue ou non par le législateur quant aux cimetières, n'en était pas moins absolu. On ne peut nier qu'elle ne s'y applique, d'après les termes généraux de l'art. 1er de la loi du 13 brumaire an II, ainsi conçu : « Tout l'actif affecté, à quelque titre que ce soit, aux fabriques des églises cathédrales, particulières et succursales, ainsi qu'à l'acquit des fondations, fait partie des propriétés nationales ».

125. — Ce texte formel, dont il faut nécessairement tenir compte, coupe court, selon nous, à l'argumentation qui, pour soutenir le droit des fabriques, se base surtout sur la considération qu'aucune loi spéciale n'est venue confisquer les cimetières. D'après cette opinion (1), les communes, pendant le temps de la suppression des paroisses et des fabriques, n'auraient été que les gardiennes du patrimoine de celles-ci; les fabriques, lors de leur rétablissement, auraient repris leur cimetière au même titre que tous les anciens biens non aliénés par l'Etat.

Ce raisonnement, répétons-le, ne nous paraît pas tenir, en présence de la loi de brumaire an II. Dès lors, en effet, que les établissements ecclésiastiques n'existaient plus, il leur était bien impossible de posséder un patrimoine. On invoque le décret du 7 thermidor an XI, par lequel le premier Consul rendit la liberté au culte et releva les fabriques en leur accordant leurs anciens biens non aliénés, ainsi que leurs anciennes rentes dont le transfert n'avait pas été fait. Mais il ne faut pas se méprendre sur la nature de ce décret. Il n'a pas pour effet de faire revivre purement et simplement l'ancien

(1) V. Mgr Affre, Traité de la propriété des biens ecclésiastiques, p. 209

état de choses, comme s'il abrogeait la loi de brumaire an II ; il crée des fabriques nouvelles et leur attribue un patrimoine nouveau, composé précisément des biens et rentes des anciennes fabriques, confisqués et non aliénés.

126. — L'intérêt pour nous est de savoir si le droit de propriété des cimetières, enlevé aux fabriques par la loi de brumaire, a été aliéné depuis cette confiscation, et, au cas où l'aliénation a eu lieu, à qui elle a profité. C'est de ce point précis que dépend la solution de la question posée entre les communes et les fabriques. Il ne faut point oublier en effet que la loi de brumaire déclarait les biens confisqués « propriétés nationales », mais n'en faisait aucune répartition. Si donc les communes revendiquent cette propriété, elles doivent s'appuyer sur un texte qui consacre l'aliénation à leur profit. Mais si elles sont dans l'impuissance de le produire, les cimetières seront dans la catégorie des biens confisqués non aliénés, et, en vertu du décret de thermidor, feront partie du patrimoine nouveau des fabriques.

Or, nous ne connaissons aucune loi qui règle cette attribution en faveur des communes. Il est possible, à vrai dire, qu'elle fût selon le vœu du législateur de brumaire ; mais il ne l'a manifestée nulle part, et rien ne saurait, à nos yeux, remplacer le texte qui fait défaut. Les communes ont bien usé des cimetières ; mais il ne faut pas conclure de l'usage au droit de propriété, qui, pour être inattaquable, doit être établi d'une façon précise et directe. Puisque donc, depuis la confiscation de brumaire jusqu'au décret de thermidor, aucune loi n'a trait à cette aliénation des cimetières au profit des communes, il faut en conclure que les fabriques les ont reçues dans le nouveau patrimoine que leur composait ce décret.

127. — Cette solution nous semble, ainsi que nous l'avons dit plus haut, la plus légale, la plus conforme aux textes. Hâtons-nous de dire qu'elle n'est point adoptée par la jurisprudence administrative, et que dans la pratique les cimetières sont considérés universellement comme propriété communale. Pour le soutenir en théorie, on invoque l'article 9 du décret de prairial an XII : « A partir de cette époque, les terrains servant maintenant de cimetières pourront être affermés par les communes auxquelles ils appartiennent ». Il nous est impossible de voir dans ce texte une contradiction de la solution que nous avons proposée. L'article ne tranche point la question de propriété ; il émet seulement l'opinion qu'elle est transmise, ce qui est très différent. L'erreur du législateur, du reste, est facile à comprendre si l'on songe qu'en fait, les communes usant des cimetières, il est assez naturel de supposer à celles-ci le droit de propriété. Mais, encore une fois, il ne nous semble pas que l'on puisse en théorie se fonder sur ce texte pour attribuer le droit de propriété. Lors de la préparation du décret au conseil d'Etat, la section de l'intérieur proposa de rédiger ainsi le commencement de l'art. 15 : « Les lieux de sépulture demeurent à la charge et seront la propriété des communes ». Cette déclaration si nette de propriété fut rejetée, et le silence sur ce point confirme bien pour nous qu'alors le conseil d'Etat a voulu réserver tous les droits.

128. — *B.* Quant aux cimetières établis depuis 1789, ils sont incontestablement la propriété des communes, et tout le monde s'accorde à le reconnaître. Ces nouveaux cimetières ne pourraient-ils pas cependant, dans certains cas, appartenir aux fabriques? Supposons, par exemple, que par dons ou legs celles-ci aient reçu des terrains destinés à cette affectation.

Le conseil d'Etat, par de nombreuses décisions, s'est opposé à cette attribution des terrains d'inhumation aux fabriques ; il leur a même refusé l'autorisation d'accepter de tels dons ou legs.

Cette rigoureuse jurisprudence peut fléchir cependant dans des circonstances très exceptionnelles, par exemple si la commune n'a que de très modiques ressources, et que le cimetière ainsi établi lui procure des avantages considérables (1). La fabrique qui justifierait d'une autorisation régulière serait donc propriétaire du cimetière. Mais la commune, toujours libre d'exercer le droit d'expropriation, s'entendra, quand elle le voudra, avec l'établissement religieux pour lui rembourser le prix d'estimation du terrain, afin de s'en assurer la propriété (2).

A l'inverse, pourra-t-on mettre la commune en demeure de faire cette acquisition ou d'établir ailleurs un autre lieu de sépulture ? Nous ne le croyons pas. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que le cimetière, quand bien même il est la propriété de la fabrique, a une destination publique fondée tout entière sur l'intérêt général. Elle ne peut être modifiée que par des décisions émanant de l'autorité compétente, qui seule est juge de l'opportunité de la mesure.

129. — Les difficultés qui s'élèveraient au sujet de ce droit de propriété que nous étudions, devraient être tranchées par les tribunaux civils, au cas où les parties invoqueraient des titres privés, comme un acte d'acquisition ou une donation. S'il s'agit au contraire d'interpréter les actes de restitution ou de concession faits par l'État, la juridiction administrative sera compétente.

(1) C. d'Etat. Avis du 15 décembre 1837.
(2) Id. Avis du 26 octobre 1825 et du 15 mars 1833.

ARTICLE II.

Conséquences de l'existence du droit de propriété sur les cimetières.

130. Division.

130. — Il nous faut maintenant signaler les conséquences des principes que nous avons essayé de mettre en lumière. Sans prétendre énumérer toutes celles qui peuvent se présenter, nous en indiquerons quelques-unes, en traitant à part celles qui ont rapport à l'attribution des produits des cimetières, à leur entretien, et aux concession de terrain qui y sont établies.

§ I. — *Conséquences générales.*

131. 1° En cas de désaffectation, exercice du droit de propriété.
132. 2° Découverte d'un trésor.
133. 3° Servitudes.
134. 4° Mitoyenneté du mur de clôture.

131. — Groupons d'abord quelques conséquences générales qui dérivent directement du droit de propriété que nous avons reconnu.

1° Une fois la désaffectation du cimetière prononcée, celui-ci fera retour au propriétaire, quel qu'il soit (commune ou fabrique, suivant les cas, ou même un particulier dans une hypothèse qu'on peut imaginer.) Ce propriétaire recouvrera tous ses droits : il pourra donc, comme bon lui semblera, exploiter, affermer, aliéner le terrain autrefois destiné aux sépultures, sous la condition, bien entendu, de se confor-

mer aux règlements et délais prescrits dans le but de satisfaire à la décence et à l'hygiène publiques. C'est encore à partir du moment de la désaffectation que la prescription, jusque-là impossible, pourra commencer à courir (1). Si c'est la commune qui est propriétaire du terrain, le maire en disposera suivant les formalités légales exigées.

Dans le cas exceptionnel où la propriété appartiendra à la fabrique, c'est elle qui, après la désaffectation et seulement alors, aura le droit de vendre ou affermer. Loin de voir une objection dans l'art. 9 du décret de prairial, déjà connu de nous : « Les terrains peuvent être affermés par les communes auxquelles ils appartiennent », nous y trouvons plutôt un argument d'analogie. D'après le sens obvie de ce texte, la libre disposition du terrain est une conséquence du droit de propriété; elle profitera à la commune ou à la fabrique, suivant que l'une ou l'autre sera propriétaire.

On pourrait même concevoir, avons-nous dit, que le terrain fît retour à un particulier. Pour cela, il faut supposer que celui-ci, alors qu'il donnait le fonds de terre en le destinant aux inhumations, ait mis pour condition à son legs ou à sa donation, qu'il lui reviendrait en cas de désaffectation. Nous ne voyons pas ce qu'aurait d'illégal une telle condition : une fois, en effet, l'intérêt public disparu, rien ne fait obstacle à ce qu'elle se réalise.

132. — 2° Si un trésor vient à être découvert dans le cimetière, on suivra pour son attribution les règles ordinaires, et l'article 716 C. civ. sera appliqué. Moitié appartiendra à l'inventeur, et moitié au propriétaire, qui le plus souvent, comme nous le savons, sera la commune.

(1) Cassat. 10 janvier 1844. Com. de Perrigny. D. P. 44. 1. 56.

133. — 3° Il n'est pas impossible, théoriquement, que les cimetières soient frappés de certaines servitudes, puisqu'ils ne font point partie du domaine public. Les convenances toutefois et l'ordre général doivent être respectés, et il faut reconnaître aux maires le droit d'interdire l'exercice des servitudes qui leur seraient contraires, comme serait une servitude de vue, qui gênerait l'accomplissement des cérémonies religieuses, ou une servitude de passage qui empêcherait de clore le cimetière, et le laisserait ouvert à tout venant (1).

134. — 4° De même, on pourrait admettre en théorie qu'un voisin se rendît acquéreur de la mitoyenneté d'un mur du cimetière. Mais pratiquement la question est sans intérêt, car le plus souvent l'acquisition de la mitoyenneté a pour but d'adosser une construction contre le mur devenu mitoyen. Or, cette construction est rendue impossible d'une part par la servitude de ne pas bâtir qui frappe les propriétaires voisins du cimetière, et d'autre part par la nécessité de maintenir celui-ci à une distance d'au moins 35 mètres des agglomérations d'habitations.

§ II. — *Attribution des produits des cimetières.*

135. De quoi ils se composent.
136. A qui ils appartiennent.
137. *Quid* après la désaffectation ?
138. Produits spontanés. Leur attribution d'après la loi du 5 avril 1884.
139. La question des arbres sous le régime du décret du 30 décembre 1809. Distinction.

135. — Ces produits se composent principalement des herbes, des broussailles, des arbres plantés ou crûs spontané-

(1) Cassat. 20 juin 1863. Hue. D. P. 63. 1. 381.

ment, et de leurs émondes. Nous réservons à dessein la question des concessions, à propos desquelles nous aurons à examiner bientôt s'il faut les compter au nombre des produits des cimetières.

136. — Les idées que nous avons développées sur la propriété des lieux de sépulture nous amènent logiquement à décider que leurs produits ou revenus devraient, en tous cas, profiter à leurs propriétaires, c'est à-dire à la commune habituellement, à la fabrique dans les hypothèses rares où elle aura cette qualité. On objecte, contre le droit que nous voudrions voir reconnu à cette dernière, des raisons d'ordre public et de haute décence, dit-on, dominant la question de propriété, et nécessitant que la commune soit seule appelée à percevoir ces produits, quand bien même elle ne serait pas propriétaire. On affirme qu'alors une modalité spéciale atteint le droit de la fabrique, et qu'elle ne peut prétendre à l'exercer, en ce qui concerne les fruits et revenus du cimetière, tant que celui-ci sera affecté au service public des inhumations. Quant à nous, nous ne voyons pas en quoi l'attribution des fruits aux fabriques propriétaires entraverait pour la commune le libre exercice de son droit d'inhumer, et serait incompatible avec le rôle de police qui lui est dévolu par la loi, même sur les cimetières qui ne lui appartiennent pas. Sans doute, la fabrique doit écarter, dans l'espèce, toute idée de spéculation ; il ne s'en suit pas pour cela, croyons-nous, que l'on doive la priver du revenu très légitime de sa propriété, quand l'intérêt public ne se trouve nullement atteint.

La nouvelle loi municipale du 5 avril 1884, sinon dans son esprit, du moins dans la rédaction de son article 133, § 9, laisse encore une porte ouverte aux fabriques qui tenteraient de réclamer les produits en se fondant sur ce droit de propriétaire.

« Les produits des terrains communaux affectés aux inhumations, dit cet article, appartiennent aux communes. » D'où l'on pourrait conclure *à contrario* que lorsque les inhumations ne sont pas faites dans une propriété communale, mais bien dans un terrain appartenant à la fabrique, les fruits sont dévolus à celle-ci.

137. — La question ne fait plus difficulté en cas de désaffectation du cimetière. Ceux même qui revendiquent pour la commune le droit de haute surveillance sur les terrains affectés aux sépultures dont elle ne possède pas le fonds, sont d'accord pour ne point contester à la fabrique propriétaire le pouvoir de recueillir les produits, une fois la désaffectation accomplie. Il ne lui sera point nécessaire, pour en jouir, d'attendre l'expiration des cinq années légales. Sans doute, jusque-là, le terrain ne pourrait être livré à l'exploitation ni subir aucune modification de nature à porter atteinte aux convenances et à la salubrité publique; mais rien n'empêche d'attribuer au propriétaire tous les fruits naturels du sol, dès que celui-ci ne sert plus aux inhumations. Par contre, s'il perçoit les produits, le propriétaire a naturellement le devoir de supporter les charges.

138. — L'article 133, § 9, de la loi du 5 avril 1884, en attribuant sans distinction les produits des cimetières communaux aux communes, introduit une importante innovation dans la législation qui avait précédemment régi cette matière. D'après l'article 36, § 4, du décret du 30 décembre 1809, les produits spontanés appartenaient aux fabriques. On décidait *à contrario* que les autres, les produits naturels ou industriels, étaient attribués aux communes. Aujourd'hui, d'après la nouvelle loi, on n'a donc plus à se poser la

question, souvent délicate, de savoir ce qu'il faut entendre par produits spontanés. Cette qualification était généralement donnée à tout ce qui vient naturellement sans que la main de l'homme l'ait planté ou semé.

139. — Fallait-il ranger dans cette catégorie les arbres qui croissaient sans culture? Pour trancher la difficulté, le conseil d'Etat avait divisé les arbres en quatre espèces (1):

1° Ceux qui ont crû spontanément dans le cimetière. Ils appartenaient entièrement à la fabrique, sans qu'il y ait lieu de restreindre cette propriété dans le sens des obligations imposées par le Code civil à l'usufruitier, relativement aux arbres de haute futaie, aucune analogie n'existant entre la fabrique et un usufruitier.

2° Ceux qui ont été plantés par la commune, conformément aux recommandations du décret de prairial.

3° Ceux qui ont crû dans les haies servant de clôture.

4° Ceux qui existaient sur le sol avant l'établissement du cimetière.

Ces trois dernières espèces étaient naturellement attribuées à la commune en vertu du droit commun de propriété.

§ III. — *Entretien des cimetières.*

140. Qui en est chargé? Etrange lacune de la nouvelle loi municipale.

140. — Le décret du 30 décembre 1809 qui concédait, par son article 37, les produits spontanés aux fabriques, mettait par contre à leur charge l'entretien des cimetières. Les deux choses étaient considérées comme corrélatives et de nature

(1) C. d'Etat, 22 janvier 1841. D. A. v° Culte, n° 809.

à se compenser. L'article 92 du même décret déclarait encore que si les ressources de la fabrique étaient insuffisantes pour faire face à ces frais, la commune serait appelée à lui venir en aide. La même disposition se trouve reproduite dans l'article 30, § 17, de la loi du 18 juillet 1837, qui donne à ces dépenses un caractère obligatoire. C'est du moins dans ce sens qu'il fallait en interpréter les termes, et non point y voir un changement de législation transportant en tous cas des fabriques aux communes les charges d'entretien des cimetières. Ainsi l'avait décidé, du reste, un avis du conseil d'Etat du 21 août 1839.

Une fois le revenu des produits spontanés enlevé aux fabriques, la logique demandait qu'elles fussent déchargées des obligations corrélatives d'entretien. La loi municipale du 5 avril 1884 n'y a point pourvu. Restent par conséquent en vigueur les dispositions de l'article 37 du décret du 30 décembre 1809 et celles de l'article 30, § 17, de la loi du 18 juillet 1837. Bien plus, l'article 92 du décret de 1809 est abrogé. Il en résulte que désormais sont obligatoires pour les fabriques, en toutes hypothèses, des dépenses qui jusque-là pouvaient être diminuées par le concours de la commune. Une telle anomalie a échappé évidemment au législateur de 1884 ; il est à souhaiter qu'elle vienne promptement à disparaître.

§ IV. — *Concessions de terrain dans les cimetières.*

141. Elles supposent le droit de propriété. Transition.

141. — Ces concessions, ainsi que nous allons le voir, ont leur fondement dans le droit de propriété de la commune.

Quel que soit, en effet, le système adopté sur la nature du droit du concessionnaire, il est incontestable que ce droit est privativement consenti à un particulier par la commune. Il suppose donc forcément la propriété de celle-ci sur le terrain dont elle dispose, et est absolument inconciliable avec le caractère propre aux dépendances du domaine public, qui est d'exclure toute appropriation privée.

Cette matière, en raison de son importance, doit être traitée séparément. Elle fait l'objet du chapitre suivant.

CHAPITRE III.

DES CONCESSIONS.

142. Caractère d'exception du droit de concession.
143. Concessions perpétuelles.
144. Concessions temporaires : trentenaires, et temporaires proprement dites.
145. Légitimation du droit.

142. — Le principe des concessions de terrain dans les cimetières se trouve posé dans l'article 10 du décret du 23 prairial an XII, ainsi conçu :

« Lorsque l'étendue des lieux consacrés aux inhumations « le permettra, il pourra y être fait des concessions de ter- « rain aux personnes qui désireront y posséder une place « distincte et séparée, pour y fonder leur sépulture et celle « de leurs parents ou successeurs, et y construire des « caveaux, monuments ou tombeaux. »

A vrai dire, c'est là une loi de privilège ou d'exception. La loi commune veut seulement que le cadavre de toute personne soit assuré de trouver place gratuite dans le cimetière, au moins pendant cinq ans après la mort. Passé ce délai, l'administration n'est plus tenue de lui fournir une inhumation à part ; elle pourra, si cela est nécessaire, faire exhumer les ossements et les réunir dans la fosse commune, afin de céder la place à un autre. La perpétuité des sépultures, en effet, aurait nécessité l'agrandissement indéfini des cimetières. Le législateur a cherché à concilier, autant que possible, avec les raisons d'économie sociale, les intérêts de la

salubrité publique et des convenances ; en adoptant ce délai de cinq ans, il semble y être arrivé.

Moyennant une redevance réglée d'après les tarifs établis, ce délai peut être prolongé et se changer même en perpétuité : c'est ce qui constitue la concession, suivant qu'elle est temporaire ou perpétuelle. Cette distinction a été consacrée par l'ordonnance du 6 décembre 1843, qui réglemente toute la matière.

143. — I. *Concessions perpétuelles.*

On avait précédemment agité la question de leur maintien ou de leur suppression. Une circulaire du ministre de l'intérieur, en date du 20 juillet 1841, avait consulté les conseils généraux sur ce point. Certains avaient répondu dans le sens de la suppression, se fondant sur des motifs d'ordre purement administratif. On comprit facilement, néanmoins, qu'il devait être tenu compte d'un usage consacré par la piété des familles, et sanctionné par le temps. Il fallait reconnaître, ainsi que s'exprime la circulaire ministérielle du 30 décembre commentant l'ordonnance, « que, dans une matière aussi délicate, les habitudes et les sentiments ont leur empire ». Le maintien fut donc résolu. Toutefois, afin de mettre obstacle au trop grand nombre de ces concessions, l'ordonnance arrêta qu'elles ne seraient accordées qu'à des prix très élevés. C'était un moyen d'échapper à l'envahissement des cimetières, et de déterminer le choix des familles pour les deux autres classes de concessions.

144. — II. *Concessions temporaires.*

D'après l'ordonnance précitée, il faut les distinguer en concessions trentenaires, et concessions temporaires proprement dites.

A. Les premières sont renouvelables à l'expiration de chaque période moyennant l'acquit d'une redevance qui pourra diminuer, mais jamais augmenter. En ce sens, elles offrent une grande similitude avec les concessions perpétuelles, car pratiquement elles aboutissent au même résultat. On peut dire cependant qu'elles n'engagent pas absolument l'avenir. La commune en effet a le droit de reprendre le terrain concédé, à l'expiration de chaque délai de concession, si la redevance établie par les tarifs n'est pas payée. Il ne peut toutefois lui faire retour que deux ans révolus après le terme de la période pour laquelle il avait été concédé; et, dans l'intervalle de ces deux années, les concessionnaires ou leurs ayants cause seront libres d'user de leur droit de renouvellement. Ces considérations font qu'une différence très marquée doit être maintenue entre le prix de ces concessions et celui des concessions perpétuelles. Le but de la loi sera en même temps atteint ; car les familles se décideront de préférence pour un mode en réalité aussi avantageux que celui qui consacre directement la perpétuité, et cependant moins coûteux.

B. Les concessions temporaires proprement dites seront faites pour une durée qui ne pourra excéder quinze ans, et ne pourra jamais être renouvelée.

145. — Avant d'entrer dans l'étude du droit du concessionnaire, est-il besoin pour nous de le légitimer ? Devons-nous y voir, comme pourraient le soutenir certains économistes, une négation des idées moralisatrices de l'égalité de tous dans le trépas ? Sans doute, il y a là entre les morts une certaine distinction acquise au bénéfice de la richesse ou de l'aisance. En quoi les droits d'autrui s'en trouvent-ils lésés?

Ne serait-ce pas un leurre et une puérilité que de prétendre effacer après la mort toute trace de cette inégalité sociale que, malgré tant de récriminations ou de malentendus, il faut bien reconnaître pourtant comme la condition nécessaire de l'existence humaine ?

Au demeurant, ceux qu'un tel raisonnement ne pourrait convaincre trouveraient dans l'esprit même de la loi les éléments suffisants à la justification du droit en question. Loin d'être établi gratuitement, il fournit à la commune une branche de revenus dont elle doit retirer tout ce qu'il est susceptible de produire, le prix de la concession n'étant aucunement proportionné à la valeur du terrain.

Enfin, une partie de ce prix est attribuée, suivant la mesure que nous étudierons, aux établissements charitables. L'inégalité, si elle existe, se trouve largement compensée par ces avantages.

ARTICLE I.

Nature du droit du concessionnaire.

146. Double élément du contrat.

146. — Ce droit naît d'un véritable contrat intervenu entre la commune et le concessionnaire, et se décompose en deux éléments. Il comprend :

1° Un droit réel immobilier, portant sur le terrain concédé, et s'exerçant conformément à la destination du cimetière.

2° Un droit personnel ou de créance, permettant au concessionnaire de se faire délivrer par la commune, en cas de suppression du cimetière, un emplacement de même étendue dans le nouveau terrain affecté aux sépultures, et d'y faire

transporter les corps exhumés, ainsi que les matériaux provenant de l'ancienne concession, le tout aux frais de la commune.

L'étude successive de ces deux éléments nous permettra de nous prononcer plus facilement sur la nature juridique du droit en question.

§ I. — *Droit réel immobilier.*

147. Ce qu'il comporte.
148. Contre qui il peut être revendiqué.
149. 1° Contre un particulier ; juridiction compétente.
150. Intervention possible de la commune.
151. 2° Contre l'administration ; juridiction compétente.
152. Jugement susceptible d'appel.

147. — Il est difficile d'imaginer un droit s'exerçant plus directement sur une chose. C'est, en quelque sorte, la prise de possession du terrain par le cadavre en contact avec lui. Ce droit immobilier comporte l'exercice de tous les actes qui ne sont pas incompatibles avec la destination du cimetière, tels qu'établissements de clôtures, de plantations, de monuments, de caveaux et de toutes constructions sur le terrain concédé.

On s'est demandé à ce propos s'il était possible de creuser des caveaux pour des sépultures qui n'auraient pas le caractère de concessions perpétuelles, et qui par conséquent feraient retour à la commune, soit au bout de trente ans au moins, s'il s'agit de concessions temporaires, soit même au bout des cinq années d'inhumation séparée auxquelles a droit tout cadavre, s'il n'y a pas de concession. En pratique, le cas se présentera rarement : il ne sera pas habituel, en effet, que les

dépenses de cette nature soient faites pour des sépultures auxquelles la perpétuité ne serait pas assurée. En théorie toutefois, nous ne voyons pas d'impossibilité à la chose, pourvu, bien entendu, que les règles de décence ordinaires dans cette matière soient observées, et qu'à l'expiration du délai de la concession, ou du terme des cinq années légales, le terrain soit rendu à son état primitif, aux frais des constructeurs.

148. — Le droit réel immobilier qui nous occupe pourra être poursuivi par le concessionnaire détenteur (sans préjudice de l'action en violation de sépulture, s'il y a lieu, qui s'exercera séparément) contre tous ceux qui tenteraient de l'usurper ou de le contrarier. Il pourra même faire l'objet d'une action possessoire (1).

La revendication s'exercera tantôt contre un particulier, tantôt contre l'administration. Mais quelle sera la juridiction compétente ?

149. — 1° Contre un particulier.

Il faut supposer un empiètement sur l'emplacement concédé de la part du concessionnaire d'un terrain limitrophe. L'affaire fera-t-elle partie du contentieux administratif?

Il faudrait le décider si l'acte de concession était un simple acte administratif. Mais nous ne devons pas oublier qu'il est double : en même temps qu'il est un acte de police, en effet, il est un acte de gestion posé par le maire, un véritable contrat passé entre ce dernier et le concessionnaire. C'est cette qualité d'acte de gestion qui dominera dans l'espèce. Le concessionnaire, pour faire reconnaître ses droits, nés de la

(1) Cassat. Lefèvre c. Com. de Crèvecœur. 24 août 1864. D. P. 64. 1. 366.

convention intervenue, devra donc s'adresser aux juges de droit commun, en matière de contrats engendrant des droits réels, dont la conservation, en l'absence d'une attribution expresse à la juridiction administrative, ne peut appartenir qu'à l'autorité judiciaire. Peu importe d'ailleurs le système adopté sur la nature du droit du concessionnaire ; qu'il soit qualifié de droit de propriété, de droit de jouissance, ou de toute autre manière, la compétence ne sera point changée, car il demeure toujours un droit réel (1).

150. — Dans ce différend entre concessionnaires, la commune pourra être appelée, en tant qu'obligée à garantir les droits concédés par elle, au cas d'éviction produite par le fait actuel du maire, ou émanant d'une cause antérieure à la concession (art. 1625, 1626 C. civil). Un tel débat est judiciaire par sa nature, aussi bien que celui qui s'est élevé entre les deux particuliers sur l'étendue de leurs concessions respectives (2).

151. — 2° Contre l'administration.

Les mêmes règles devant trouver leur même application, il faut décider qu'en principe la compétence sera également judiciaire. En vain alléguerait-on que les perceptions auxquelles donnent lieu les concessions sont des taxes municipales, auxquelles il faut appliquer la compétence administrative en vertu de l'art. 44 de la loi du 18 juillet 1837. Il ne s'agit pas ici d'une taxe ou d'un impôt, mais bien d'un prix de concession, sinon de vente (art. 31, § 9, de la même loi). Ce n'est donc

(1) C. d'Etat, 19 mars 1863. Castangt c. Ville de Bordeaux. D. P. 63. 3. 35. — Contrà : C. de Poitiers, 17 février 1864. Bonneau et Dabeau c. maire de Niort. D. P. 64. 2. 38. et *Gazette des Tribunaux*, 25 février 1864, malgré plaidoirie de M. Ducrocq.

(2) Id. Castangt.

pas le cas prévu par l'article 44 ; c'est tout au plus celui de l'article 63, et même alors la compétence demeure judiciaire (1).

Cette question de compétence cependant sera parfois malaisée à déterminer, suivant qu'il y aura plus ou moins de difficulté à distinguer l'acte de police de l'acte de gestion, et à reconnaître lequel domine dans l'espèce. Dans ces cas douteux, le tribunal des conflits appréciera en fait jusqu'à quel point le différend porte sur une pure question de droit privé, ou s'il n'est pas nécessaire pour le tribunal judiciaire de surseoir jusqu'à interprétation de l'acte par l'autorité administrative.

Mais, en général, c'est bien à l'autorité judiciaire qu'il appartient de connaître des difficultés d'interprétation et d'exécution des actes de concession, et de toutes les conventions qui s'y rattachent. Ainsi l'ont reconnu successivement la Cour de cassation et le conseil d'Etat (2).

152. — Le jugement qui statuera sur cette question sera toujours susceptible d'appel, car le litige est d'une nature toute particulière. Le terrain concédé, en effet, n'a point de valeur vénale déterminée, et ne peut être assimilé à un immeuble productif de revenus (3).

(1) Id. Castangt.

(2) Ducrocq, Dr. Adm. n° 1419. — Cassat. 31 janvier 1870. Galpin c. Pothier. D. P. 70, 1. 247. — Id. 26 avril 1875. Commune de Massat c. Auziès. D. P. 75. 1. 474. — Trib. de la Seine. 4 décembre 1883. Revue générale d'administration, 1884, t. 1, p. 75. — C. de Paris, 4 juillet 1884. Préfet de la Seine c. Depoily. D.P. 85. 2. 211.

(3) C. d'Angers, 5 mai 1869. Galpin. D. P. 69. 2. 198. — C. de Lyon, 17 août 1880. Frère c. Fargère. D. P. 81. 2. 16.

§ II. — *Droit personnel ou de créance.*

153. Quand il prend naissance.
154. En cas de désaffectation du cimetière, frais à la charge de la commune. Leur évaluation.

153. — Ce droit prend naissance au cas de désaffectation du cimetière qui contient le terrain concédé. Le concessionnaire peut alors réclamer, dans le nouveau terrain affecté aux sépultures, un emplacement identique à celui dont il était détenteur, en vertu du contrat passé entre lui et la commune (art. 5 de l'ordonnance du 6 décembre 1843).

A l'hypothèse de la désaffectation, il faut assimiler celle où la commune jugerait indispensable d'exécuter certains travaux d'aménagement dans le cimetière, comme l'établissement d'un chemin, travaux nécessitant l'emploi du terrain concédé. Le particulier lésé sera admis à attaquer la décision municipale devant l'autorité supérieure, si elle lui paraît mal fondée. S'il succombe dans sa réclamation, une concession nouvelle, de même importance que l'ancienne, devra toujours lui être attribuée dans un autre endroit du cimetière.

154. — Les frais déboursés à ces occasions seront à la charge de la commune. Mais que comprendre dans ces frais et comment les évaluer?

La circulaire ministérielle du 30 décembre 1843 (art. 6), commentant l'article 5 de l'ordonnance du 6 décembre, entendait qu'il ne pouvait être question que des frais matériels, tels que creusement des fosses et transport des restes et des matériaux des tombes, toute dépense accessoire de pompe funèbre ou autre devant rester à la charge des familles. Il

faut encore y ajouter les honoraires des médecins et la rétribution donnée au commissaire de police, qui doivent nécessairement assister à l'exhumation (1).

Une décision ministérielle, rapportée par le Bulletin officiel du Ministère de l'intérieur (2), adopte la même solution. « D'après la jurisprudence, dit-elle, la dépense qu'entraîne le transport des matériaux des tombes est également considérée comme incombant à la commune. Mais aucune disposition de loi ou de règlement d'administration publique ne met à sa charge les frais de reconstruction des monuments funèbres, tels qu'une chapelle de famille. » Un arrêté du conseil de préfecture du Nord en date du 8 septembre 1869 (3) est conforme aux mêmes principes, et décide que la commune n'est pas obligée, en cas de fermeture du cimetière, à la réédification des tombeaux érigés sur les terrains concédés, ni au remboursement des frais de reconstruction de ces tombeaux dans le nouveau cimetière.

Ces décisions donnent-elles pleine satisfaction aux droits des familles? Ne serait-il pas de toute justice que le concessionnaire fût réintégré exactement dans l'entier bénéfice résultant pour lui d'un contrat qui persiste, et que les principes généraux en matière d'obligations, nullement contredits par une loi spéciale, trouvassent ici leur application? Les termes mêmes de la circulaire du 30 décembre 1843 ne méconnaissent point que la présence de tombeaux sur les terrains concédés constitue un fait rentrant dans l'objet du contrat garanti par la commune; il est donc difficile de comprendre comment, tout en reconnaissant la force obligatoire du contrat au point

(1) Cassat. 16 janvier 1868. Paudot. D. P. 68. 1. 354.
(2) Bulletin, 1870, n° 20, p. 206.
(3) Journal des Conseils de fabrique, 1870, p. 164.

de vue de la restitution des tombeaux construits sur les terrains concédés, on peut admettre que le concédant sera quitte de son obligation en offrant un simple concours limité au transport des matériaux. L'article 5 de l'ordonnance, du reste, ne distingue point entre les terrains concédés suivant qu'ils sont ou non recouverts de monuments funéraires. Au surplus, on serait d'autant moins fondé à admettre cette distinction que, le plus souvent, le motif déterminant des demandes de concessions est incontestablement le projet d'ériger un tombeau, ainsi qu'il résulte des articles 10 et 11 du décret de prairial.

Un jugement du tribunal d'Agen a fait ressortir tous les avantages d'une telle solution (1). Nous souhaitons que cette jurisprudence se maintienne, et que ce qu'elle décide par rapport aux tombeaux soit étendu, en vertu des mêmes principes, à toutes les autres dépenses (pompes funèbres, etc.), de telle sorte que le concessionnaire, forcé, par obligation contractuelle, de supporter la translation de sa concession, soit entièrement désintéressé des frais qui en sont la conséquence.

§ III. — *Aspect d'ensemble.*

155. Position de la question. Différents systèmes.
156. *A.* Droit de propriété.
157. *B.* Droit de jouissance et d'usage.
158. *C.* Droit *sui generis.*
159. Conclusion.

155. — Après avoir étudié le droit du concessionnaire sous son double point de vue de droit réel et de droit person

(1) Trib. d'Agen, 1er juillet 1870. Pribat. D. P. 74. 3. 80.

nel, nous devons nous demander s'il est possible de l'envisager dans son ensemble sous un aspect juridique unique, et de le comprendre parmi les droits définis d'une manière précise par la loi.

Les systèmes et la jurisprudence varient sur ce point embarrassant.

156. — *A.* On voit, dans la concession, une aliénation partielle d'un terrain communal, emportant au profit du concessionnaire un droit véritable de propriété : propriété *sui generis*, il est vrai, à raison de l'affectation spéciale du terrain et de la police réservée à l'administration, propriété susceptible d'être restreinte par les clauses diverses de l'acte de concession, mais propriété véritable et de telle sorte qu'en l'absence de clauses restrictives, elle s'affirme aussi absolument que le comporte la nature des choses. Ce droit de propriété a non seulement pour conséquence de permettre au concessionnaire d'inhumer qui bon lui semble, mais il s'applique encore à toutes les constructions, caveaux, tombeaux, etc..., établis sur le terrain, et même à l'emplacement occupé par eux. C'est ainsi que, d'après une décision du ministre de l'intérieur (1), « on ne doit pas déplacer un monument funèbre dans un cimetière pour la rectification d'un chemin d'accès, sans le consentement du propriétaire ».

Comme preuve de l'existence de ce droit absolu de propriété, on fait remarquer que le concessionnaire troublé dans sa possession ou évincé peut exercer la revendication contre l'usurpateur ou une action en garantie contre la commune (2). Le conseil d'Etat ayant déclaré que des questions

(1) Bulletin du Ministère de l'Intérieur, 1861, n° 52.
(2) V. suprà, n^{os} 148 et 150.

de cette nature ne sont ni de la compétence de l'administration active, ni de celle de l'autorité contentieuse administrative, mais bien de celle de l'autorité judiciaire, reconnaît par là qu'elles forment des litiges de propriété, et qu'il faut laisser à la partie intéressée « le soin de les faire vider par les tribunaux judiciaires, juges compétents en cette matière (1) ».

On observe d'ailleurs qu'en cas de translation du cimetière, le droit ne se trouve nullement anéanti, mais bien transporté dans le cimetière nouveau, et que cette éventualité de translation, loin d'être la négation de la propriété du concessionnaire, ne pourrait qu'en être la condition exprimée ou sous-entendue dans l'acte de concession.

157. — *B.* D'après un autre système, consacré par les circulaires du 20 juillet 1841 et du 30 décembre 1843, les concessions, même faites à titre perpétuel, ne constituent point des actes de vente, et n'emportent pas un droit de propriété en faveur du concessionnaire ; elles établissent simplement un droit de jouissance et d'usage, avec affectation spéciale et nominative (2). La commune sera valablement actionnée comme propriétaire ; mais elle aura incontestablement son recours contre les concessionnaires dans les cas où les faits articulés ont été accomplis contrairement aux clauses de la concession.

Dans cette opinion, on assimile en quelque sorte le contrat de concession à celui de louage, que l'art. 1709 C. civ. définit « un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps et

(1) C. d'État, 19 mars 1863. D. P. 63. 3. 35. — Ducrocq, Droit administ., n° 1419.

(2) Dalloz, Jurisp. gén., v° Culte, n° 806. — Trib. de Lyon, 24 janvier 1866. Fège c. Com. de Sainte-Foy. D. P. 67. 3. 45.

moyennant un certain prix ». Or, les concessions faites moyennant un prix pour un temps déterminé ou indéterminé donnent aux concessionnaires le droit de jouir de la chose louée suivant les conditions du contrat et la destination des lieux. Dans le contrat de concession comme dans celui de louage, on trouve une chose susceptible d'être louée, un prix, une durée et la transmission d'une jouissance déterminée. « Peu importe, dit-on, que ces sortes de contrats soient qualifiées par la loi de concessions, comme aussi que le prix en soit payé en une seule fois au lieu de l'être périodiquement et par fractions successives : ces circonstances, qui ne sont, à proprement parler, que des conditions introduites par l'usage ou les convenances, n'ont rien de contraire au contrat de louage et ne sauraient en altérer la nature (1). » — L'assimilation est si complète que les concessions prennent le caractère de véritables baux : bail à durée illimitée, quand la concession est perpétuelle, ou trentenaire faite avec faculté de renouvellement ; bail à durée limitée, quand la concession est seulement temporaire, faite sans cette faculté de renouvellement. C'est le système adopté par l'administration de l'enregistrement, qui calcule d'après cette distinction les droits à percevoir (2).

158. — *C.* Les opinions que nous venons de faire connaître veulent rallier au droit commun le contrat de concession, en l'envisageant soit comme une aliénation, soit comme un bail ; nous estimons, quant à nous, qu'il est difficile de le soumettre à l'empire des règles ordinaires qui les régissent.

1° Peut-on dire en effet qu'il engendre un véritable droit

(1) Trib. de Lyon, 4 avril 1865. Pitrat. D. P. 67. 3. 63.
(2) V. infrà, n° 170.

de propriété ? La propriété, aux termes de l'art. 544 C. civ. est « le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ».

Serait-il possible de concilier ce texte avec la nature du droit du concessionnaire, et de soutenir que la restriction énoncée dans sa seconde partie s'applique aux stipulations contenues dans l'acte de concession ? Nous ne le croyons pas; il est facile d'ailleurs de démontrer que chacun des éléments qui composent le droit de propriété, savoir la jouissance parfaite et la libre disposition, se trouvent là gravement atteints et limités. Le concessionnaire n'a pas l'entière jouissance du terrain concédé, car il n'est point en son pouvoir d'en changer l'affectation à son gré. Il ne peut en jouir que conformément aux règlements administratifs, et suivant la destination du lieu consacré aux inhumations. Il se trouve enfin soumis au contrôle incessant de l'autorité municipale qui exerce une police rigoureuse très en désaccord avec la paisible jouissance que comporte la vraie propriété. Le concessionnaire, d'autre part, est loin d'avoir la libre disposition de ce terrain, *jus abutendi*. C'est un bien placé hors du commerce, qui ne peut être ni vendu à titre gratuit ou à titre onéreux, ni affermé, ni hypothéqué, ni partagé, ni licité, ni déduit dans un contrat quelconque translatif de propriété.

La transmissibilité, première condition de la propriété, manque donc au droit du concessionnaire; celui-ci aura seulement la faculté de désigner la personne qui, considérée comme chef de famille après lui, se prononcera sur les inhumations à faire dans le tombeau (1).

(1) V. infrà, n° 179.

De même que la transmissibilité, la durée est un des caractères inhérents à la véritable propriété. Sans doute, en tant qu'elle s'applique au droit même, celle de la concession peut être perpétuelle ou indéfiniment renouvelable ; et c'est bien là le seul point par lequel la concession diffère de l'inhumation ordinaire, bien qu'au fond la nature du droit soit la même, car le droit des concessionnaires n'est en définitive que le droit des non-concessionnaires prolongé ou perpétué. Cette durée du droit se continue, nous le savons, au cas de translation du cimetière, le concessionnaire obtenant, d'après les stipulations mêmes du contrat, un terrain équivalent dans le nouvel emplacement destiné aux sépultures. Mais si le droit du concessionnaire se trouve transporté, le fait même de la dépossession de l'ancien terrain n'en est pas moins consommé ; et on peut dire avec raison qu'au moment où le droit du concessionnaire prend naissance, il se trouve grevé au profit de la commune d'un droit de réversion incompatible avec le caractère de perpétuité, condition de la vraie propriété.

En faveur du système, on argumente de la compétence reconnue à l'autorité judiciaire en cette matière, et on conclut à l'existence du droit de propriété. A vrai dire, la logique de cette déduction nous échappe. De ce que les tribunaux judiciaires sont appelés à se prononcer, il ne s'ensuit pas nécessairement, croyons-nous, que ce soit forcément à propos d'un litige de propriété. Ils sont les juges de droit commun, particulièrement en matière de droits réels : la concession, nous le savons, constitue bien un droit réel ; mais tout droit réel n'est pas la propriété.

2° Peut-on, d'autre part, comparer la concession à un bail ? Les effets que produisent le louage, l'usage ou l'usufruit nous semblent vraiment impossibles à rapprocher de ceux qui ré-

sultent de la concession. Le but de ces contrats est tout différent, puisqu'ils se basent, avant tout, sur une idée d'intérêt ou de spéculation. Le concessionnaire au contraire agit par le mobile à la fois désintéressé et pieux de procurer aux siens un repos plus long dans la tombe. Assimiler aux baux à durée illimitée les concessions perpétuelles ou temporaires, serait oublier la règle que les cimetières, par la raison qu'ils sont hors du commerce, sont insusceptibles de location (C. civ., art. 1128) (1).

159. — En résumant nos observations, disons que les concessions dans les cimetières nous semblent devoir être en dehors du droit commun, comme les terrains qui en forment l'objet. Les opinions discutées par nous le reconnaissent bien implicitement, puisqu'elles ne peuvent être présentées par leurs défenseurs qu'avec les réserves que nous connaissons. Pour ceux qui admettent la propriété, ce n'est qu'une propriété toute particulière, propriété *sui generis* ; pour ceux qui acceptent la location, ce n'est qu'un droit de jouissance avec affectation spéciale et nominative. Pourquoi dès lors ne pas dire que le droit du concessionnaire est un de ces droits non classés dont notre législation présente d'assez nombreux exemples ? Le terme même de *concession* prouve qu'on se trouve en dehors du droit commun ; autrement, en effet, il eût été aisé de se servir des expressions *vente* ou *location*. Dans le même ordre d'idées, on a remarqué que le décret de prairial, évitant de se prononcer sur la nature du droit du concessionnaire, au lieu d'employer le mot *prix* qui semble le plus naturel orsqu'il s'agit d'une aliénation, s'est servi de cette périphrase : « Les concessions ne seront néanmoins accordées qu'à ceux qui offriront de faire des *donations* ou *fondations* en faveur

(1) V. Troplong, Du louage, ch. II, n° 91.

des pauvres... », et que l'ordonnance de 1843, pour ne pas, elle non plus, préciser le droit en question, a employé le même procédé que le décret de prairial, dans les mots suivants : « Aucune concession ne peut avoir lieu qu'au moyen du *versement d'un capital...* » (1).

C'est qu'à un acte d'une nature spéciale il fallait logiquement une dénomination particulière.

D'après ces considérations, concluons que nous sommes en présence d'un droit exceptionnel. Dans le terrain concédé, il ne nous semble point possible de voir l'objet d'un droit précis de propriété ou de location, mais seulement une fondation pieuse temporaire ou perpétuelle, s'exécutant d'après les clauses du contrat de concession qui font la loi des parties, et non point conformément au droit commun.

ARTICLE II.

Acquisition du droit du concessionnaire.

§ I. — *De la délivrance des concessions par la commune.*

160. Elle est une faculté et non une obligation pour la commune.
161. Délibération du conseil municipal sur cet objet.
162. Rôle du maire.
163. Recours à l'autorité supérieure.

160. — Toute commune qui possède un cimetière public d'une étendue telle qu'il puisse contenir au moins cinq fois le nombre présumé des personnes décédées pendant le laps d'une année, sans tenir compte de l'espace qui doit être réservé pour les circonstances extraordinaires, telles qu'une épidémie, peut accorder des concessions à ceux qui en font

(1) Trib. de Coutances, 9 décembre 1846. Cabaret-Duperron c. Enreg. D. P. 47. 3. 206.

la demande (1). Ce n'est là pour elle qu'une simple faculté' et non point une obligation : personne ne peut l'y contraindre, pas plus l'autorité supérieure que les particuliers. Mais les concessions formant en définitive une source de revenus pour la commune, il est évident que celle-ci a un intérêt sérieux à les consentir. La commune qui établirait un nouveau cimetière est libre de garder l'ancien pour le consacrer spécialement aux concessions : ce procédé peut lui être avantageux, en supprimant une source de difficultés et de dépenses.

161. — Le conseil municipal décidera s'il y a lieu de permettre ou de refuser les concessions. Il peut prendre sur ce point toutes délibérations qu'il jugera opportunes. C'est ainsi, croyons-nous, qu'il autorisera valablement les seules concessions individuelles, tout en s'opposant à celles qui tendraient à fonder une sépulture de famille. De même, nous estimons que du moment où il a la liberté de refuser toute concession, il a le pouvoir de déterminer celles qu'il consent accorder, et que, par exemple, il pourra permettre les concessions temporaires non renouvelables et refuser les concessions perpétuelles. Des délibérations de cette nature seront régulièrement prises tant qu'elles ne se trouveront pas en opposition avec les documents législatifs que nous connaissons Ainsi un conseil municipal, en accordant des concessions temporaires, ne pourrait pas statuer qu'elles seront renouvelables de droit ou destinées à durer plus de 15 ans ; il ne pourrait pas de même décider que les concessions trentenaires ne seront pas renouvelables : ce serait aller manifestement contre la volonté du législateur exprimée dans l'ordonnance du 6 décembre 1843.

Du pouvoir dévolu au conseil municipal de déterminer l'éta-

(1) C. d'Etat, 29 novembre 1833. D. A. v° Culte, n° 805.

blissement des diverses catégories de concession, résulte pour lui celui de désigner dans le cimetière le terrain qui devra être occupé par chacune d'elles. La question n'est pas uniquement de la compétence du maire, bien qu'il s'agisse là d'un intérêt de salubrité qui le concerne très spécialement ; mais elle a trait en même temps à l'aménagement du cimetière, aménagement sur lequel le conseil doit être appelé à délibérer. Si toutefois le conseil négligeait de s'occuper de ce point, la désignation serait régulièrement faite par le maire.

Le conseil municipal fixe la mesure maxima et minima du terrain qui pourra être occupé par chaque concession. Il doit avoir au moins deux mètres carrés. Cette mesure peut être augmentée, sur la demande des concessionnaires, pour établir des sépultures de famille. Mais deux mètres étant suffisants, on ne peut les contraindre à en demander davantage (1).

162. — Dans le terrain affecté aux concessions, le maire déterminera l'emplacement au fur et à mesure des demandes. Il est en effet chargé de la police et de la surveillance des lieux consacrés aux sépultures, et les arrêtés qu'il prend à cette occasion ne peuvent être interprétés que par l'autorité administrative.

Souvent cette désignation sera l'œuvre du concierge du cimetière, qui délivrera la concession à la suite de celles déjà octroyées. Il faut alors considérer ce concierge comme mandataire tacite du maire. Les mandats tacites sont d'ailleurs fréquents dans la pratique administrative.

163. — Le maire qui accorde ou refuse la concession à l'impétrant représente la commune et exécute une délibération du conseil municipal. Mais en même temps il accomplit un acte de police contre lequel le recours à l'autorité supé-

(1) Lettres du ministre de l'intérieur, 20 et 27 août 1839. D. A. v° Culte, n° 804.

rieure est possible (1). Cet acte de police se trouve particulièrement caractérisé quand le maire refuse une concession, alors que le conseil municipal a décidé le principe qui les autorise et que le tarif qui les réglemente a été, comme nous allons le voir, approuvé par le préfet. Rien ne s'oppose donc au recours pour excès de pouvoir en cas de refus de concession, surtout quand ce refus présente les conditions d'une injure particulière, et ne se trouve pas basé sur des motifs d'intérêt général. Le refus qui s'appliquerait à toutes les demandes, pour tels ou tels motifs déterminés (2), serait plus facilement légitime.

Le maire, dans l'accomplissement de sa mission de gestion et de police, outrepasse les termes de la délibération du conseil municipal, si, par exemple, il délivre la concession dans un terrain autre que celui désigné par le conseil, ou si l'emplacement accordé est plus étendu que ne le comporte la mesure maxima fixée. Le droit concédé sera sans valeur, et ne pourra point être opposé aux revendications ultérieures de l'autorité municipale, car alors le maire était sans qualité pour agir.

§ II. — *Des tarifs.*

164. Historique. Par qui fixés.
165. Comment votés. Comment gradués. Tarif général.
166. Part de la commune. Part des pauvres. Proportion et répartition.
167. L'attribution aux pauvres est nécessaire. Cas d'une donation de terrain pour cimetière, faite à la commune sans réserve de cette attribution.

164. — Nous avons établi que la redevance fournie par le

(1) V. infrà, n° 201.

(2) Ainsi, un maire, vu l'exiguïté du terrain consacré aux concessions, pourrait n'en accorder qu'aux personnes domiciliées dans la commune.

concessionnaire en retour du droit acquis ne peut être qualifiée de prix. La valeur vénale du terrain en effet est loin d'être proportionnée à sa valeur réelle : aussi a-t-on assimilé aux taxes municipales les sommes payées par les concessionnaires pour l'obtention de leurs droits.

Sous l'empire du décret de prairial, chaque demande de concession était directement soumise au gouvernement, qui autorisait l'acceptation des donations faites à la commune et aux pauvres dans les formes accoutumées, « sur l'avis des conseils municipaux et sur la proposition des préfets » (art. 11). L'ordonnance de 1843, supprimant cette marche incommode et trop lente, décentralisa l'action administrative et établit des tarifs gradués suivant les trois classes de concessions. D'après son article 7, ces tarifs étaient proposés par les conseils municipaux et arrêtés par le préfet. De plus, ceux destinés aux communes dont le revenu dépassait 100,000 fr. étaient réservés à l'approbation royale.

L'article 1^er^ de la loi du 24 juillet 1867 étendit les pouvoirs des conseils municipaux sur ce point. Les délibérations qu'ils prenaient à propos de ces tarifs étaient suffisantes et souveraines. En cas seulement de désaccord entre le conseil municipal et le maire, la délibération n'était exécutoire qu'après le visa du préfet.

Aujourd'hui, aux termes de l'art. 58-7° de la loi municipale du 5 avril 1884, la connaissance de cette matière est partagée entre le préfet et les conseils municipaux. Ceux-ci votent les tarifs qui sont nécessairement et en toutes hypothèses soumis à l'approbation préfectorale. En outre, on ne s'occupe plus de la distinction entre les communes jouissant d'un revenu supérieur ou inférieur à 100,000 fr. L'approbation du préfet n'est nécessaire que pour les tarifs seulement ; les conseils

municipaux restent donc parfaitement libres de modifier leurs règlements des concessions, sans son intervention.

165. — Le conseil municipal d'ailleurs n'est pas tenu de voter d'avance les tarifs pour concessions ; il peut attendre que chaque demande se produise. Il prendra alors, au fur et à mesure, une délibération pour autoriser ou refuser la concession et fixer la somme à payer, somme qui aura besoin, suivant notre règle établie, d'être approuvée par le préfet. Ce procédé, s'il peut se concevoir en théorie, ne sera pas d'une fréquente application dans la pratique. Il tendrait à compliquer les opérations déjà nombreuses des conseils municipaux : aussi est-il bien rare que la commune n'ait pas un tarif général des concessions. Ce tarif variera évidemment suivant les différentes localités, et sera en conséquence plus élevé dans les villes que dans les communes rurales ; mais il ne tiendra jamais compte de la qualité du concessionnaire. Que celui-ci soit donc un habitant de la commune ou un étranger, n'y ayant eu jusqu'alors aucun domicile, le taux ne variera pas (1). Mais le conseil municipal aura la faculté de graduer la redevance à fournir pour toute concession dépassant la limite minima de deux mètres, suivant un rapport ascendant établi de telle sorte que, proportions gardées, le concessionnaire d'un espace plus considérable paie davantage que le concessionnaire d'un terrain plus restreint (2).

166. — A qui profite la somme versée par le concessionnaire en échange de son droit? L'art. 11 du décret de prairial déclarait : « Les concessions ne seront accordées qu'à

(1) C. d'Etat, 10 février 1835. D. A. v° Culte, n° 801.
(2) Lettre du ministre de l'intérieur, 27 août 1839. Id. n° 804.

ceux qui offriront de faire des fondations et donations en faveur des pauvres et des hôpitaux, indépendamment d'une somme qui sera donnée à la commune ». La proportion entre ces deux versements n'était point fixée : de là pour l'administration une source féconde de difficultés. L'article 3 de l'ordonnance de 1843 la réglementa. « Aucune concession, dit-il, ne peut avoir lieu qu'au moyen du versement d'un capital, dont deux tiers au profit de la commune et un tiers au profit des pauvres ou des établissements de bienfaisance. » La redevance est donc double, envers la commune et envers les établissements charitables, suivant la proportion énoncée.

Le tiers qui revient aux établissements de bienfaisance et aux hôpitaux peut être, sans contredit, réparti entre eux au gré du conseil municipal, qui attribuera la somme proportionnellement ou non à tous, ou la destinera à un seul d'entre eux suivant les besoins du moment. Ajoutons que le concessionnaire est parfaitement libre de dépasser, au profit des établissements charitables, le tiers du montant de la concession : ce chiffre ne peut en effet être considéré que comme un minimum.

De même, la commune pourrait très bien recevoir davantage que les deux tiers de la somme fixée ; mais, à l'inverse, elle ne doit en aucune manière être frustrée de ce qui lui revient au profit des établissements de bienfaisance.

167. — La part attribuée aux pauvres est essentielle à la validité du contrat. Aussi bien la concession faite comme condition d'un legs ou d'une donation uniquement en faveur de la commune serait impossible. Supposons un donateur qui lègue à la commune un terrain destiné à devenir un cime-

tière, avec cette clause qu'il s'y réserve pour sa sépulture et celle des siens un emplacement désigné. L'opération pourra être avantageuse pour lui, et parfois frauduleuse pour la commune. De cette façon en effet, il se procurera peut-être, moyennant le sacrifice minime d'un terrain de peu d'importance, une véritable concession qui lui sera moins coûteuse que s'il agissait par le procédé ordinaire, si la valeur vénale du terrain est inférieure au taux ordinaire des concessions. Au cas cependant où la commune trouverait intérêt à la donation, faite d'ailleurs sans attribution de part aux pauvres, nous croyons qu'elle ne pourra être autorisée à l'accepter qu'en opérant au profit des établissements charitables le versement de ce dont ils ne peuvent être privés. Cela nous semble résulter du principe qui consacre en toutes hypothèses, dans notre matière, le double droit en faveur de la commune et en faveur des pauvres.

§ III. — *Du contrat de concession.*

168. Il est essentiellement à titre onéreux.
169. Comment il se forme.
170. Son enregistrement. Droits perçus variant suivant les catégories des concessions.
171. La transcription est-elle requise ?
172. Le droit du concessionnaire peut-il être prescrit ?

168. — La nécessité de la redevance à fournir par le concessionnaire prouve avec évidence que le contrat de concession est essentiellement à titre onéreux ; il ne saurait donc être établi à titre gratuit. La question s'est posée cependant : on s'est demandé si une commune, en reconnaissance d'un

legs fait aux pauvres sans aucune charge, ne pourrait pas concéder gratuitement pour l'inhumation du donateur un terrain dans son cimetière (1). Il a été décidé que la commune ne pouvait pas renoncer au montant de la concession; et on s'est particulièrement appuyé sur la considération que par le legs fait aux pauvres la commune n'était pas directement intéressée, et que d'ailleurs celle-ci n'a pas le droit de faire des libéralités. La principale raison à nos yeux est que la gratuité est contraire à l'essence du contrat de concession.

169. — Ce contrat est parfait dès qu'à la demande faite par l'impétrant le maire a répondu par l'arrêté accordant la concession. Dès lors le concessionnaire est obligé de s'en rapporter, quant à l'emplacement du terrain, à la désignation de l'autorité municipale, et, quant à la fixation de la somme à payer, aux tarifs de la commune (2). C'est du moins ce qui a lieu quand la demande est pure et simple, car alors il y a accord tacite des volontés et intention présumée, de la part de celui qui sollicite la concession, de se considérer comme obligé dès que l'arrêté sera rendu, sans qu'il soit besoin de ratification ultérieure.

Si au contraire des conditions ont été apposées à la demande, l'hypothèse est très différente. L'impétrant peut en effet désirer tel terrain désigné, et se réserver en conséquence la liberté de ne consentir au contrat que s'il l'obtient. La convention alors ne sera parfaite qu'après un accord exprès entre le concessionnaire et le maire.

170. — Quant à l'enregistrement des actes de concession,

(1) Bulletin du Ministère de l'Intérieur, année 1858, p. 30.
(2) Cassat., 31 janvier 1870. Galpin. D. P. 70. 1. 247.

nous avons eu déjà l'occasion de dire que l'administration, après avoir réclamé pour eux le droit de vente (1), leur a appliqué les droits des baux à durée illimitée quand il s'agit de concessions perpétuelles, les droits des baux à durée limitée en cas de concessions temporaires non renouvelables, les premiers étant de 4 %, les seconds de 0,20 % (2). Les concessions trentenaires avec faculté de renouvellement sont mises sur le même pied que les concessions perpétuelles pour la perception du droit. Cette assimilation ne nous paraît pas d'une parfaite justice. En effet, la faculté d'obtenir indéfiniment le renouvellement est bien offerte au concessionnaire; mais, par la nature même de son droit, il demeure parfaitement libre d'y renoncer ou de le modifier à l'expiration des trente ans. Sans doute, en fait, si la concession est sans cesse prorogée, elle aura comme le caractère de perpétuité; mais il n'en reste pas moins vrai, en stricte logique, qu'elle n'est pas perpétuelle, et que par conséquent le calcul du droit à percevoir devrait plutôt s'établir sur les bases d'un bail à durée limitée. Ce calcul d'ailleurs, tel qu'il est pratiqué par l'administration de l'enregistrement, n'est pas absolument exact. Les baux à durée illimitée sont frappés d'un droit de 4 0[0 évalué d'après un capital formé de vingt fois la rente ou le prix annuel; la même proportion devrait donc être gardée en ce qui concerne la concession. Or il n'en est point ainsi. La redevance convenue représente en réalité, non pas vingt fois, mais trente fois le prix annuel supposé. Pour que la propor-

(1) Dalloz, Jurispr. gén., v° Enregistrement, n° 3091.

(2) V. suprà, n° 157 ; — l. 22 frim. an VII, art. 68, § 1 ; 69, § 3 et 7 ; — l. 16 juin 1824, art. 1. -- Circul. minist. de l'intér. 20 juillet 1841, 30 décembre 1843. — Instruction de la Régie, n° 1757, 30 juillet 1846. — Trib. de Lyon, 4 avril 1865. D. P. 67. 3. 63. — Garnier, Répertoire général de l'Enregistrement, v° Concession, n° 3473, § 1.

tion fût juste, il faudrait que le droit perçu par l'enregistrement ne portât que sur les deux tiers de la redevance, représentant vingt fois le prix annuel, et non pas sur la somme totale (1).

L'acte de concession doit être enregistré dans le délai de 20 jours qui suit sa formation parfaite (l. 15 mai 1818, art. 78).

171. — Doit-il être transcrit? La loi qui lui impose la nécessité de l'enregistrement ne le soumet nulle part à celle de la transcription. Pour expliquer ce point, il suffit de se rappeler et le but poursuivi par cette formalité et la nature du droit du concessionnaire.

La transcription est établie pour avertir les tiers de l'augmentation ou de la diminution opérée dans le patrimoine d'une personne : elle s'applique aux actes entre-vifs translatifs de propriété immobilière ou de droits réels susceptibles d'hypothèques, et aux actes constitutifs d'antichrèse, de servitude, d'usage et d'habitation (l. 23 mars 1855, art. 1 et 2). Or nous savons que, quelle que soit l'opinion admise sur le droit du concessionnaire, la concession n'est point un bien qui compte vraiment dans le patrimoine de celui qui l'a obtenue. Quel intérêt y aurait-il donc à la transcrire?

D'autre part, que la concession constitue pour certains une translation de propriété *sui generis*, ou qu'elle soit, ainsi que nous l'avons admis, un droit réel immobilier d'une nature spéciale, la transcription est toujours inutile, car le terrain auquel elle s'applique est insusceptible d'hypothèque. Ceux qui la considèrent comme faisant naître un droit de jouissance avec affectation spéciale et nominative, ne peuvent pas plus

(1) Garnier, Répert. de l'Enregistr., nos 2016 et 2017.

conclure à la nécessité de la transcription. La loi en effet a donné une énumération limitative des actes qui y sont soumis, elle ne l'a pas ordonnée pour tous ceux quelconques qui contiendraient constitution ou translation de droits réels.

La transcription n'est donc pas requise. Par conséquent, dans le cas où le maire aurait par mégarde concédé le même terrain à deux personnes différentes, ce ne serait point celui dont l'acte aurait été transcrit qui devrait bénéficier de la concession, mais bien celui à qui elle aurait été attribuée en premier lieu, suivant la règle « *prior tempore, potior jure* ».

172. — Nous avons vu comment le droit du concessionnaire naît du contrat passé entre la commune et le solliciteur. Ne pourrait-il pas aussi être acquis par l'effet de la prescription ? Le cimetière faisant partie, comme nous l'avons démontré, du domaine privé et non du domaine public de la commune, les terrains qui le composent ne sont point imprescriptibles. Nous pensons néanmoins qu'à défaut de titre, une famille ne pourrait point se prévaloir de l'inhumation plus ou moins longue de l'un de ses membres dans un endroit réservé du cimetière pour réclamer le bénéfice de la concession. Toute concession en effet suppose de la part de l'administration une intervention quelconque, ou au moins une simple tolérance qui suffirait à empêcher la prescription de prendre naissance ; de plus, elle comporte nécessairement l'action de la police qui la protège et garantit en même temps les sépultures ordinaires. Or, contre les règlements de police, toute prescription est impossible.

Mais si le terrain est imprescriptible, nous n'en dirons pas autant de la redevance due par le concessionnaire. Comme

toute obligation de payer, elle peut être éteinte par prescription : nous ne voyons pas de raison de déroger au droit commun.

ARTICLE III.

Transmission du droit du concessionnaire.

Distinguons la transmission vis-à-vis des étrangers et vis-à-vis des membres de la famille.

§ I. — *Transmission vis-à-vis des étrangers.*

173. 1° Transmission du terrain à titre onéreux impossible.
174. Il en est ainsi de la cession du droit. Toute spéculation interdite.
175. 2° Transmission à titre gratuit en principe impossible. Copropriété familiale du tombeau.
176. Tempéraments à cette règle. Désignations faites par le concessionnaire.

173. — 1° *Transmission à titre onéreux.*

Ainsi que nous avons eu déjà l'occasion de le dire, toute disposition à titre onéreux des terrains concédés est impossible. La circulaire du 30 décembre 1843 enjoint à l'administration « de s'opposer à ce que ces terrains dépourvus du caractère de la propriété, et par conséquent inaliénables, soient l'objet de ventes ou de transactions particulières ». Elle appelle spécialement l'attention des préfets sur ce point « qui touche aussi directement aux intérêts de la morale et de la décence publique ». La jurisprudence sur cette matière, du reste, est constante; elle déclare qu'une stipulation semblable est nulle comme contraire à la loi et portant sur un objet inaliénable (1). Un seul arrêt s'est prononcé dans un sens contraire :

(1) C. de Lyon, 19 février 1856. Dupont de Chavagneux. D. P. 56. 2. 178. — Cassat., 7 avril 1857. Id. D. P. 57. 1. 311. — C. de Lyon, 4 février 1875. D. P. 77. 2. 161. — Trib. de la Seine, 12 février 1876. Journal « le Droit », 13 févr. 76. — Trib. de Lyon, 30 juin 1877. Jouve c. Girard. D. P. 78. 3. 88. — Trib. de la Seine, 9 mai 1883. Campagne c. Nicolas. Sirey. 84. 2. 72.

tout en reconnaissant le principe général que le droit de sépulture dans les concessions est un droit personnel qui ne peut être rétrocédé, il a déclaré que ce droit pouvait néanmoins être l'objet d'une cession lorsqu'un usage local l'autorise et que le contrat de concession ne l'interdit pas (1). Il est à souhaiter que cette solution ne se généralise pas. Elle soumet en effet aux variations des coutumes locales une règle d'ordre public qui ne semble guère susceptible d'exceptions et qui n'a pas besoin d'être exprimée dans le contrat pour demeurer en vigueur.

174. — Pas plus que le terrain concédé, le droit du concessionnaire ne peut faire l'objet d'une cession (2). Toute idée de spéculation doit en effet être écartée du contrat ; un pareil trafic, s'il ressortait d'une des clauses expresses de l'acte de concession, rendrait celui-ci nul, car la clause devrait être considérée comme contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Alors même que l'acte ne contiendrait point semblable énonciation, le concessionnaire ne doit en aucune manière chercher à retirer de son droit un bénéfice pécuniaire, soit en aliénant ou en louant une place dans le terrain qui lui a été concédé, soit en y autorisant, moyennant un prix, l'inhumation d'un étranger. Nous n'avons point besoin de faire remarquer à quel point ces sortes d'opérations seraient incompatibles avec la nature de la concession. Rappelons que, d'après le vœu certain du législateur, celle-ci a pour but principal de permettre le groupement des ossements des membres d'une même famille dans un même lieu pour une durée plus longue que d'habitude, afin de favoriser le culte de ses

(1) C. de Lyon, 17 août 1880. D. P. 81. 2. 16.
(2) Trib. de la Seine, 1er avril 1832. Guérand c. Manent. D. P. 83. 3. 30.

morts et de maintenir plus facilement ses traditions : c'est assez dire combien les questions de spéculation et d'intérêt doivent demeurer étrangères à la matière.

175. — 2° *Transmission à titre gratuit.*

Cette idée que le terrain concédé est, avant tout, une chose de famille, nous amène à décider que le concessionnaire ne doit point être libre d'en disposer à titre gratuit au profit d'un étranger. Il y a là comme une sorte de copropriété familiale qu'on peut rapprocher avec juste raison du *jus sepulchri* des institutions romaines. La concession et le tombeau restent à la famille alors même que celle-ci serait écartée de la succession ; en conséquence, un légataire universel non parent ni allié du défunt n'y peut prétendre aucun droit (1). Les membres de la famille ne peuvent être privés de leur droit au tombeau par le bon plaisir du concessionnaire : cet héritage doit donc aller rigoureusement aux successeurs naturels ; et les étrangers (désignés soit par acte entre-vifs, soit par disposition de dernière volonté) doivent en principe être écartés (2).

176. — Il ne faudrait pas toutefois outrer la rigueur de cette règle, mais bien la concilier avec la liberté laissée au choix du concessionnaire et la nature de son droit. Ce droit, en tant qu'il porte sur la désignation des personnes à inhumer, est essentiellement personnel, et le concessionnaire doit en user librement aussi bien de son vivant que par testament. Nous n'admettons pas en principe les étrangers au tombeau de famille ; il faut cependant faire exception (et c'est un point aujourd'hui incontesté) en faveur des per-

(1) Trib. de la Seine, 9 mai 1883. Sirey, 84. 2. 72.
(2) C. de Lyon, 4 février 1875. D. P. 77. 2. 161.

sonnes unies au concessionnaire par des liens d'affection ou de reconnaissance.

L'autorité locale devra toutefois constater l'existence de ces liens, et c'est seulement en vertu d'une permission par elle délivrée que ces inhumations auront lieu (1).

Il faut encore reconnaître au concessionnaire le droit d'écarter, dans certaines circonstances données, des membres de la famille. Par contre, on doit décider qu'à la mort du concessionnaire, les clauses de son testament ayant trait au droit au tombeau seront exécutées tant que les droits des membres de la famille ne seront pas injustement lésés.

La libre désignation du concessionnaire pourra être entravée parfois par le maire remplissant son rôle de magistrat de police. C'est ainsi que ce dernier a le droit d'empêcher dans l'intérêt de l'hygiène publique l'inhumation dans une concession d'une personne morte à la suite d'une maladie infectieuse. Avant la loi du 14 novembre 1881 qui neutralisa les cimetières, c'était une question très délicate de savoir jusqu'à quel point ce magistrat avait le droit d'empêcher la sépulture dans une concession catholique d'une personne appartenant à un culte dissident. Aujourd'hui encore, des hypothèses embarrassantes pour lui peuvent se présenter, telle que serait celle de l'inhumation dans le même tombeau de personnes dont le rapprochement pourrait gravement atteindre la morale et la décence publique. Contre ces décisions du maire, émanant de son pouvoir de police, le recours pour excès de pouvoir, nous le savons, sera toujours possible.

(1) Trib de la Seine, 1er avril 1882. D. P. 83. 3. 30.

§ II. — *Transmission vis-à-vis des membres de la famille.*

177. Transmission proportionnée à la part héréditaire.
178. Elle échappe aux règles de la quotité disponible et de la réserve.
179. Nomination possible par le concessionnaire du continuateur de son droit.

177. — A la mort du concessionnaire, la transmission du droit de concession s'opère proportionnellement à la part héréditaire de chacun. Chaque cohéritier pourra donc l'exercer suivant cette mesure, et faire inhumer les siens dans le tombeau de famille, sous la condition de respecter les prescriptions de l'autorité et les droits de ses cohéritiers. Il ne sera point libre par conséquent de modifier, sans l'assentiment des autres, l'état du monument funèbre, d'en demander seul la translation, ou de changer l'épitaphe qui y est inscrite. Ce dernier point notamment a été tranché par un récent arrêt qui s'oppose à ce que la fille d'un concessionnaire, sans le consentement de ses cohéritiers, inscrive sur le tombeau de famille les mots « *à perpétuité* » qui ne s'y trouvaient pas (1).

Les droits des cohéritiers ne seront pas toujours égaux. Les dispositions testamentaires du concessionnaire peuvent en effet les modifier, et elles doivent être maintenues tant qu'elles ne sont pas contraires à l'acte de concession (2).

178. — Cette transmission n'est pas soumise aux règles

(1) C. de Bordeaux, 27 février 1882. Landreau c. Sazarin. D. P. 83. 2. 158. — C. de Rouen, 21 mars 1884. Chandelier. D. P. 85. 2. 80. — Trib. de la Seine, 18 mars 1884. Revue générale d'administration, 1884, t. II, p. 332.

(2) Trib. de la Seine, 24 décembre 1856. D. P. 58. 3. 53. — Cassat. 7 avril 1857. D. P. 57. 1. 311.

qui gouvernent la quotité disponible et la réserve, car le terrain concédé est sans valeur appréciable et ne compte pas dans le patrimoine héréditaire : ainsi il a été jugé qu'un concessionnaire peut léguer le tombeau de famille à l'un de ses enfants, à l'exclusion des autres, alors même qu'il aurait épuisé la quotité disponible par des dispositions antérieures, parce que le tombeau ne peut être compris dans la masse de l'hérédité pour le calcul de la quotité disponible et de la réserve (1).

179. — Le chef de famille détenteur de la concession désignera parfois dans son testament les continuateurs de son droit, c'est-à-dire celui ou ceux de ses parents qui auront la charge de se prononcer sur les admissions dans le tombeau de famille : le procédé pourra couper court aux contestations qui s'élèveraient, et cadre bien avec le but supérieur de l'établissement des concessions dont nous avons parlé plus haut (2).

(1) C. de Lyon, 19 février 1856. D. P. 56. 2. 178.— Cassat. 7 avril 1857. D. P. 57. 1. 311. — C. de Lyon, 7 juillet 1833. D. P. 85. 2. 34.

(2) V. suprà, n° 145.

CHAPITRE IV.

DES SERVITUDES D'UTILITÉ PUBLIQUE RÉSULTANT DU VOISINAGE DES CIMETIÈRES.

§ I. — *Economie du décret du 7 mars* 1808.

180. Dispositions qu'il énonce.
181. Son accord avec le décret du 23 prairial an XII.
182. Il ne s'applique pas à la partie de la zone située du côté des habitations agglomérées distantes de 35 ou 40 mètres.
183. Cette exception constitue une tolérance et non un droit absolu.
184. En principe, la zone reste toujours fixée à 100 mètres, même en cas de déplacement des murs d'enceinte d'une ville.
185. La servitude ne concerne que les nouveaux cimetières transférés.
186. Elle n'existe pas en cas d'inhumation sur la propriété privée.
187. Liberté laissée à l'administration par la loi du 7 avril 1873.

180. — Il nous faut maintenant envisager la législation des cimetières vis-à-vis des tiers et rechercher quelles restrictions elle peut apporter à leurs droits. C'est le lieu de rappeler le texte de l'article 537 C. civ. portant que « les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous les modifications établies par les lois ». Les servitudes légales d'utilité publique consacrées par le décret du 7 mars 1808 nous offrent l'une de ces importantes modifications ; examinons dans quel but et suivant quelle mesure elles limitent le droit de propriété.

D'après l'article 1[er] de ce décret, il est interdit d'élever aucune habitation et de creuser aucun puits dans une zone de 100 mètres autour des nouveaux cimetières transférés, à

moins d'autorisation. En outre, d'après l'article 2, les bâtiments existants, sauf toujours autorisation, ne pourront point être restaurés. Quant aux puits, ils pourront, après visites contradictoires d'experts, être comblés en vertu d'un arrêté du préfet, sur la demande de la police locale.

La pensée de satisfaire à l'intérêt de l'hygiène publique, que nous avons déjà constatée chez le législateur à propos de l'établissement des cimetières, a encore été ici son mobile. Du reste, on peut dire en vérité que le décret de 1808 est le complément des dispositions du décret du 23 prairial an XII portant qu'une distance minima de 35 mètres doit nécessairement séparer les lieux de sépulture nouvellement transférés des agglomérations d'habitations.

181. — Ces deux documents législatifs se complètent l'un et l'autre, disons-nous. Le décret de prairial en effet, tout en fixant la mesure nécessaire de l'espace de terrain à ménager entre les lieux habités et les cimetières, ne contenait aucun texte prohibant d'y élever à l'avenir des constructions dans la zone laissée libre ; en comblant cette lacune, le décret de 1808 empêchait donc les dispositions de celui de prairial de devenir illusoires.

Ajoutons que ces deux décrets, quoi qu'on en ait dit, ne sont point contradictoires. On a voulu opposer l'une à l'autre les deux distances de 35^m et de 100^m données par eux, sans observer qu'elles n'ont point le même champ d'application. La différence est remarquable cependant et ressort de la comparaison des textes. Les 35 mètres qui doivent séparer le cimetière transféré des bâtiments agglomérés sont requis comme condition nécessaire de son établissement régulier; et cette règle, en dépit de toutes les circonstances de fait qui

pourraient être alléguées, ne souffre aucune exception. Les 100 mètres au contraire dont se compose la zone dans laquelle aucune habitation ne peut être élevée ni aucun puits creusé ne sont point en toutes hypothèses absolument obligatoires. L'administration sera juge si, sous l'empire de la nécessité ou par suite des conditions de nature du sol et même d'aération suffisante de la maison projetée, la règle ordinaire peut être transgressée ; dans ce cas, elle autorisera valablement la construction de l'édifice isolé, ou la perforation du puits (1).

Les dispositions des deux décrets ne sont donc point inconciliables ; et celui de 1808, en défendant d'élever des constructions et de creuser des puits à moins de 100 mètres des nouveaux cimetières, « ne fait point obstacle à ce qu'un cimetière soit établi à moins de 100 mètres des habitations ou des puits existants, pourvu qu'il soit placé à 35 ou 40 mètres des habitations agglomérées (2) ».

182. — En pratique, toutefois, les prohibitions de ce décret ne sont point appliquées dans la partie de la zone qui se trouve du côté des habitations distantes de 35 à 40 mètres, et la circulaire du 30 décembre 1843 le reconnaît justement. Le contraire en effet ne serait ni équitable ni utile, car la translation du cimetière à la distance légale a dû avoir précisément pour effet d'exonérer de toute servitude les constructions agglomérées, l'administration ayant considéré, par le fait même, que cette distance était suffisante. En fait, c'est comme si, en vertu du droit qui lui est donné par le décret de 1808, elle au-

(1) C. d'Etat, 7 janvier 1869. D. P. 70. 3. 6.

(2) Ducrocq, Droit administ. t. II, n° 865. — C. d'Etat. 11 mars 1862. Chapot. D. P. 67. 3. 40.

torisait l'existence de chacune de ces constructions dans la zone de 100 mètres.

183. — L'assimilation ne doit cependant pas être poussée trop loin, l'administration ayant bien en effet le droit d'autoriser une construction isolée, mais non point celui de permettre l'établissement d'habitations agglomérées. Aussi croyons-nous que la restriction de la zone légale de 100 mètres à 35 mètres de ce côté constitue une simple tolérance et non point un droit absolu. D'ailleurs, s'il y avait là un droit, le décret ne le mentionnant pas, il ne pourrait être établi, aux termes mêmes de la circulaire du 30 décembre 1843, que par une disposition législative, seule capable de modifier « un décret réglant une matière d'ordre public et ayant force de loi ».

184. — Les prescriptions du décret sont tellement rigoureuses (et c'est là une preuve de la simple tolérance dont nous venons de parler), qu'au cas où le cimetière viendrait à se trouver plus rapproché des habitations agglomérées par suite, par exemple, de l'agrandissement d'une ville et de la démolition de son mur d'enceinte reporté plus près du cimetière, les habitations comprises dans la zone de 100 mètres ne seraient pas moins frappées de la servitude en question. Une loi seule pourrait changer cet état de choses (1).

185. — D'après l'article 1^er^ du décret, ces prescriptions s'appliquent « aux nouveaux cimetières transférés hors des communes en vertu des lois et règlements ». Il faut en conclure *à contrario* qu'elles ne visent point les anciens cimetières dont la translation n'a pas été opérée, et qui se trouvent encore dans l'enceinte des villes, bourgs et communes rurales.

(1) Cassat. 27 avril 1861. Bartel. D. P. 61. 1. 498.

Cette solution universellement admise est d'ailleurs logique : n'étant pas soumis à la distance de 35 mètres, ils doivent encore moins l'être à celle de 100 mètres (1).

Mais si les anciens cimetières n'ont pas été transférés parce qu'ils se trouvaient déjà dans la situation légale, c'est-à-dire à 35 mètres au moins des habitations groupées, nul doute pour nous qu'il ne faille leur appliquer la règle générale et que les propriétés voisines ne soient frappées de la servitude que nous étudions. Cette décision semble bien conforme à l'esprit du décret de 1808 (2).

186. — Nous ne pourrions pas admettre que cette même servitude grève les propriétés qui entourent les sépultures en terrain privé. Le décret ne parle que des cimetières publics, et ses dispositions rigoureuses ne doivent pas être étendues au delà de leurs limites précises. La situation n'est pas la même d'ailleurs : l'intérêt de la salubrité publique est bien moins en jeu quand il s'agit d'inhumation isolée dans un terrain particulier. L'administration sera du reste toujours à même de prescrire, en cas de nécessité, les mesures sanitaires à prendre, ou d'ordonner l'exhumation, s'il y a lieu, se fondant pour cela sur le pouvoir de police qui lui est dévolu.

187. — Cette servitude est donc de droit étroit; et pour l'établir en dehors de ses cas d'application habituels, il faudrait une disposition législative formelle.

Conformément à ce principe, la loi du 7 avril 1873, relative aux tombes des soldats morts pendant la dernière guerre, contient un article spécial qui laisse à l'administration préfecto-

(1) Décision ministérielle du 17 mars 1839. — Cassat. 17 août 1854. Malrie. D. P. 54. 1. 371.

(2) Arrêts Malrie et Bartel.

rale, sous le contrôle du ministre, le soin de décider « dans quelle mesure les terrains environnant les tombes seront soumis aux servitudes établies par les décrets ». L'administration jugera suivant les cas, d'après le nombre des inhumations surtout, s'il y a lieu de considérer ces terrains comme des propriétés privées, ou comme des cimetières publics, et, dans cette dernière hypothèse, d'établir la servitude en question.

§ II.— *La question de l'indemnité.*

188. Solution logique.
189. Solution légale commune aux différentes servitudes d'utilité publique.
190. L'indemnité est due en dehors des cas d'application du décret de 1808, notamment en raison des exhalaisons malsaines.

188. — Des explications précédentes il ressort que l'établissement de cette servitude apporte une importante restriction à l'exercice du droit de propriété. Les terrains qu'elle atteint peuvent subir de ce fait une grave dépréciation: aussi devons-nous nous demander si les propriétaires ont le droit de réclamer une indemnité en raison du préjudice qui leur est causé.

La raison et l'équité, à nos yeux, se prononcent en faveur d'une action en dommages-intérêts. La loi déclare que nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité (art. 545 C. civ.). Cette règle tutélaire, d'après la jurisprudence et la doctrine, s'applique aussi bien à l'expropriation partielle qu'à l'expropriation totale. Or, le fait de la création d'une servitude n'équivaut-il pas à une expropriation partielle? La propriété a-t-elle pour unique élément la détention de la chose possédée? Ne comprend-elle pas en même temps le

libre exercice et la libre jouissance de tous les droits qui y sont attachés, et faut-il voir une différence essentielle entre l'expropriation d'une parcelle de terrain et l'expropriation d'un des avantages qui résultent pour le propriétaire de son droit de propriété ?

189. — Une jurisprudence constante, néanmoins, et la grande majorité des auteurs admettent le principe de la non-indemnité (1). Il faut dire en effet que le souverain motif d'équité que nous venons d'invoquer ne se trouve nullement confirmé par les textes. Du rapprochement des articles 545 et 649 du Code civil on est obligé de conclure que la loi accorde bien l'indemnité lorsque l'expropriation aboutit à la dépossession matérielle de la portion du sol et, partant, à l'anéantissement du droit de propriété, tandis qu'elle est muette quand il s'agit de la restriction apportée à ce droit par l'établissement d'une servitude d'utilité publique.

La question est d'ailleurs générale, et se pose pour toutes

(1) La question, à propos des servitudes militaires, a été résolue :

1° *Dans le sens de la non-indemnité, par* :

Proudhon, Domaine public, n° 322. — Favard de Langlade, Répert., v° Expropriation, n° 18. — Delalleau, Traité des servitudes militaires, n° 659. — De Cormenin, Questions de droit administratif, t. II, p. 461, 469. — Jousselin, Traité des servitudes publiques, t. I, p. 137. — Laferrière, Droit administratif, t. II, p. 483. — Ducrocq, Droit administratif, t. I, n° 371.

Cf. C. d'Etat : 22 novembre 1836. D. P. 38. 3. 109. — 23 juillet 1840. D. P. 41. 3. 510. — 24 juillet 1856. D. P. 57. 3. 9. — 5 février 1857. D. P. 57. 3. 74. — Cassat., 8 mai 1876. D. P. 76. 1. 252.

2° *Dans le sens de l'indemnité, par* :

Pardessus, Traité des servitudes, n° 136. — De Gérando, Cours de droit administratif t. IV, p. 359. — Ch. Conte, Traité de la propriété, ch. XXVI, p. 469. — Foucart, Eléments de droit public et administratif, liv. II, tit. 5, t. I, p. 658. — Demolombe, Servitudes, t. I, n°s 560 et 570.

les servitudes de cette sorte. Nous la trouvons débattue lors de la discussion de la loi sur la police des chemins de fer (15 juillet 1845) et, à une date antérieure, à propos de la loi sur les fortifications de Paris (3 avril 1841). Elle fut toujours expressément tranchée dans le sens de la non-indemnité. Il ne peut y avoir lieu à dommages-intérêts que si un texte formel le prescrit, comme il arrive en cas d'établissement de canaux d'irrigation ou en matière de servitude de halage, et encore pour les terrains avoisinant les lieux de sépulture des soldats morts pendant la dernière guerre. Observons, sur ce dernier point, que le rapporteur de la loi du 4 avril 1873 fit spécialement remarquer que c'était là une dérogation formelle au principe général de non-indemnité, qui ne devait de ce fait subir aucune atteinte (1).

Pour justifier ce principe, certains arrêts et quelques auteurs ont voulu comparer les servitudes d'utilité publique en question aux servitudes légales définies par le Code, servitudes ne donnant point lieu à l'indemnité, et les y ont assimilées. Mais ils n'ont point assez remarqué que ces dernières ont été établies par la loi dans un but d'intérêt général, et que d'ailleurs leur généralité et leur réciprocité forment le droit commun de la propriété, quand il en est tout autrement pour les servitudes d'utilité publique. Il serait en effet bizarre de soutenir qu'en cette matière le sacrifice fait par le propriétaire grevé se trouve compensé par la part qu'il recueillera du bienfait général procuré par la création de la servitude (2).

En résumé, il nous faut bien reconnaître que, d'après les textes, aucune indemnité n'est due pour l'établissement des

(1) Ducrocq, Droit administ., nos 846, 848, 862.
(2) Dalloz, Jurisprud. gén. vo Culte, no 816.

servitudes d'utilité publique, lorsqu'une loi spéciale ne l'accorde pas. Nous n'avons point à rechercher les motifs de cette règle, posée peut-être pour des raisons d'économie budgétaire ou dans le but de simplifier des difficultés d'appréciation le plus souvent fort délicates ; mais il ne nous est pas possible de ne point regretter que notre législation ne se trouve pas conforme avec le principe de haute équité que nous avons essayé de faire ressortir.

190. — Mais s'il n'est pas dû d'indemnité pour l'établissement de la servitude, peut-il en être réclamé une au sujet des autres dommages résultant du voisinage du cimetière, notamment au sujet des exhalaisons malsaines? Il semblerait tout d'abord qu'aucune différence n'existe entre les deux cas, et que du moment où la loi n'accorde pas l'indemnité pour la création de la servitude, elle doit la refuser à plus forte raison pour des préjudices moins graves. Mais il faut observer d'autre part que les dommages qui résultent des deux cas sont de genre différent et ne sont nullement la conséquence l'un de l'autre. Un cimetière peut parfaitement être établi dans toutes les conditions légales d'hygiène, de police, de distance des habitations, et cependant occasionner des exhalaisons malsaines qui proviennent de la faute ou de la négligence de l'administration, et dont les voisins doivent en conséquence être justement indemnisés. Aussi la jurisprudence décide-t-elle que l'action en dommages-intérêts sera valablement intentée (1).

Elle déclare les tribunaux civils compétents pour connaître de la réclamation, en vertu des articles 1382 et 1383 du

(1) C. d'Etat, 8 mars 1855. Ville de Paris c. Vincent. D. P. 55. 3. 52. — Id. 22 décembre 1876, D. P. 77. 3. 26. Laurent c. ville de Paris.

Code civil, qu'elle étend ainsi aux rapports des particuliers avec l'administration, ne jugeant pas possible d'en remettre l'appréciation aux conseils de préfecture qui, d'après l'art. 4 de la loi du 28 pluviôse de l'an VIII, ne sont appelés à statu r que lorsqu'il s'agit d'un dommage direct, matériel et actuel, provenant de l'exécution de travaux publics.

D'après cette jurisprudence, le particulier qui, par suite du voisinage d'un cimetière, souffre d'un préjudice autre que celui qui résulte de la nécessité de se conformer aux prescriptions du décret de 1808, peut donc se faire indemniser par les tribunaux aussi bien qu'un propriétaire gêné dans l'exercice de son droit par les entreprises du voisin.

§ III. — *Juridiction compétente.*

191. Autorité judiciaire.
192. Elle déterminera le caractère d' « habitations ».
193. Application des règles ordinaires de la prescription. Critique de ce système.

191. — Quelle sera la juridiction compétente en ce qui concerne les infractions commises contre les prescriptions du décret de 1808 ? Le décret ne la désigne point. Il faut donc s'en rapporter au juge commun en matière de contraventions. L'autorité administrative, par conséquent, n'a point mission pour interpréter et appliquer le décret (1). Si elle a connaissance d'un fait constituant une contravention, au lieu de la réprimer elle-même, elle devra la signaler à l'autorité judiciaire, seule compétente. C'est le juge de police, en vertu de l'art. 471, § 15, du Code pénal, qui décidera la démolition

(1) C. de préfecture de la Seine, 24 juillet 1883. Revue générale d'administration, 1883, t. III, p. 458.

ou la conservation de la construction ou du puits, et prononcera la peine, s'il y a lieu, après avoir apprécié dans chaque espèce les circonstances de fait.

192. — Quand il s'agit d'une construction, cette appréciation porte avant tout sur son caractère et sa destination. D'après une jurisprudence constante, en harmonie avec le but de salubrité publique voulu par le décret de 1808, il ne faut considérer comme soumis à la servitude que les bâtiments dans lesquels se rencontre le fait de la présence habituelle quoique non permanente de l'homme. C'est là le sens qu'il convient d'appliquer au terme « *habitation* » qu'emploie le décret, ce terme, ainsi que l'observe judicieusement l'annotateur de Dalloz, devant évidemment, dans une loi spéciale, être entendu « *secundum subjectam materiam* » (1). Il est certain en effet qu'en matière de voisinage de cimetière il ne peut plus avoir exactement le même sens que celui attribué par la jurisprudence en matière de chasse, de mines, de contributions directes, etc. L'intérêt de l'hygiène publique n'est pas seulement en cause lorsque la construction en question est destinée à l'habitation de jour et de nuit ; il doit être encore sauvegardé lorsque l'occupation en est habituelle et temporaire. C'est ainsi qu'on a compris sous la dénomination d'habitation l'atelier où se réunissent des ouvriers pendant le jour d'une façon périodique et habituelle, quand bien même il ne consisterait qu'en un simple hangar non clos (2), ou encore les caves et celliers établis pour un commerce de vins, dans une région où ce commerce constitue l'industrie principale, et comportant la présence habituelle d'employés (3). Le juge de

(1) Cassat. 27 avril 1861. Bartel. D. P. 61. 1. 498.
(2) Cassat. 10 juillet 1863. Joubert. D. P. 63. 1. 482.
(3) Arrêt Bartel.

l'action est en même temps le juge de l'exception ; c'est pour cette raison que le tribunal de police saisi de la poursuite en contravention au décret et de la demande en démolition de la construction, déterminera le caractère de celle-ci et décidera si elle constitue une habitation ; et si plus tard la Cour de cassation est appelée à connaître de l'affaire, elle rectifiera l'erreur de droit que le premier juge aurait pu commettre dans la qualification légale de cette construction (1).

193. — D'après la jurisprudence de la Cour de cassation, les règles et les effets de la prescription concernant les contraventions de police sont applicables en cette matière. Le délai de cette prescription étant d'un an, il faudrait donc décider qu'une fois l'année écoulée, il n'y aurait plus aucun moyen de faire disparaître la construction ou le puits illégalement établis. Par la même raison, on devrait admettre que la prescription est également acquise lorsque trente ans se sont écoulés depuis le prononcé du jugement qui ordonnait la démolition, sans que ce jugement ait reçu exécution. Cette doctrine nous paraît difficile à accepter.

La contravention dont il s'agit en effet est bien de celles qu'on peut appeler permanentes et successives : la soumettre à la prescription est faire une application exagérée des articles 640 et 642 du Code d'instruction criminelle et attaquer gravement le principe qu'on ne prescrit pas contre l'ordre public.

(1) Arrêts précités.

§ IV. — *Conditions d'application du décret.*

194. Quant aux anciennes constructions.
195. Quant aux habitations insalubres.
196. Quant aux puits et à leurs réparations.

194. — Le décret de 1808, en prohibant d'élever sans autorisation des constructions dans la zone de 100 mètres environnant les cimetières, interdit par voie de conséquence d'augmenter celles qui existeraient déjà. En outre, il défend expressément de les restaurer. Le législateur ne pouvait ordonner la suppression immédiate de ces constructions : c'eût été une atteinte trop violente portée au droit des propriétaires, surtout en ne les indemnisant pas. Il laissa donc simplement au temps le soin d'accomplir son œuvre de destruction naturelle, sans entraver la libre jouissance des propriétaires. On applique alors dans cette matière ce qui se pratique à propos de la servitude d'alignement. Pour les réparations, on distingue donc entre les travaux d'embellissement et les travaux confortatifs : ces derniers seuls sont interdits.

195. — Faudrait-il toutefois refuser à l'administration le droit de supprimer directement une construction dangereuse pour la salubrité publique, d'une date antérieure au décret de 1808, et est-on forcé d'attendre qu'elle disparaisse par suite de sa vétusté? Le décret ne tranche pas ce point important pour les habitations comme il le fait pour les puits, qu'il permet de combler après enquête et visites contradictoires d'experts. Mais la loi du 13 avril 1850 sur les logements insalubres est venue combler cette lacune et compléter sur cette

matière les dispositions du décret. D'après cette loi, dans toute commune où le conseil municipal l'aura déclaré nécessaire, une commission municipale sera nommée qui recherchera et indiquera les lieux insalubres, déterminera leur état d'insalubrité, en fixera les causes et les moyens d'y remédier. Sur le rapport de cette commission, le conseil municipal pourra ordonner aux propriétaires certains travaux d'assainissement, s'ils sont reconnus utiles ; dans le cas où l'insalubrité est déclarée irrémédiable, il prononcera la fermeture provisoire de l'établissement. L'interdiction absolue ne pourra être prononcée que par le conseil de préfecture, sauf recours au conseil d'Etat. L'article 13 de la loi ajoute que lorsque l'insalubrité est le résultat de causes extérieures et permanentes (comme évidemment le voisinage d'un cimetière) ou lorsque ces causes ne peuvent être détruites que par des travaux d'ensemble, la commune pourra acquérir, suivant les formes de l'expropriation publique, la totalité des propriétés comprises dans le périmètre des travaux.

196. — S'agit-il d'un puits établi dans le voisinage du cimetière ? Nous venons d'indiquer que le décret de 1808 a réservé à l'administration le droit de supprimer ceux qui existaient au moment de sa promulgation, après enquête et visites contradictoires d'experts. Quant à ceux creusés depuis cette date avec autorisation, il ne faut point mettre en doute que pour une raison ou pour une autre, par suite des infiltrations, par exemple, amenant la décomposition de l'eau, l'administration n'ait le droit de les supprimer également. Le décret, il est vrai, est muet à ce sujet ; mais les hypothèses sont identiques, l'intérêt de la salubrité publique étant toujours en jeu.

Le texte du décret ne dit rien non plus des réparations dont les puits peuvent avoir besoin. Il est évident qu'elles doivent être permises, tant qu'elles ne changent pas l'état des choses, ce qui arriverait, par exemple, dans le cas où des travaux feraient venir dans un puits une eau qu'il ne recevait pas jusqu'alors. Ce résultat obtenu serait analogue à la création d'un puits nouveau, et dans cette hypothèse une autorisation administrative serait nécessaire.

§ V. — *Dérogations aux dispositions du décret.*

197. Autorisation de construire ou de creuser. Par qui donnée ?
198. Cas de recours à l'autorité supérieure ou d'annulation de l'autorisation.
199. La faculté de construire comporte celle de restaurer et d'agrandir.

197. — Parlons maintenant de cette autorisation et de ses formes. Devant elle les dispositions du décret de 1808 s'évanouissent, et il ne peut plus être question de servitude. A la différence de ce que nous avons constaté en matière de contravention aux prescriptions du décret, ce n'est plus l'autorité judiciaire qui est compétente ; c'est à l'autorité administrative de juger les raisons de se prononcer ou non en faveur de cette autorisation. Concluons-en de suite que si devant le tribunal de police une difficulté surgit à propos d'une autorisation de construire ou de creuser un puits, alléguée par la partie en cause, ce tribunal devra surseoir jusqu'à l'interprétation des termes et de la portée de cette autorisation par l'autorité administrative, seule compétente.

Cette autorisation est donc un acte purement administratif et doit être expresse (1). Elle est donnée par le maire agissant

(1) Cassat. 17 janvier 1863. Roze. D. P. 66. 5. 428.

en vertu de son pouvoir de police municipale, mais non comme représentant de la commune. Il en résulte qu'un contrat ne pourrait intervenir entre un particulier et le maire obligeant ce dernier à accorder l'autorisation dans un délai fixé ou sous telles conditions déterminées (1).

198. — L'arrêté du maire refusant l'autorisation demandée ne peut point être attaqué par la voie contentieuse, car il émane de son pouvoir discrétionnaire. Au cas seulement où il aurait été rendu dans un but tout autre que celui de l'hygiène publique, il serait susceptible de recours pour excès de pouvoirs. La voie gracieuse demeure toujours ouverte. En outre, le préfet a la faculté de réformer de son propre mouvement l'arrêté du maire autorisant la construction ou l'établissement du puits, s'il estime que cette autorisation serait nuisible à la salubrité publique. Il aura le droit d'intervenir jusqu'à ce que les travaux autorisés aient reçu un commencement d'exécution.

Quant au maire, il ne pourrait jamais annuler lui-même sa propre décision; l'autorisation qu'il a donnée, quand bien même elle n'aurait pas encore été suivie d'exécution, constitue un droit acquis pour celui qui l'a obtenue.

199. — Une fois l'autorisation accordée, la construction sera élevée sans entraves. Elle pourra, dans la suite, être restaurée, si besoin en est, car la défense de réparer ne vise que les bâtiments d'une date antérieure au décret. Elle pourra même être agrandie, à condition toutefois que les agrandissements ne constituent pas une construction absolument distincte et séparée de l'ancienne, et qu'en conséquence

(1) C. d'Etat, 6 janvier 1855.

cet édifice récent ne se trouve pas dans des conditions hygiéniques sensiblement différentes, auquel cas une nouvelle autorisation serait nécessaire.

Il faudrait encore décider, croyons-nous, que l'autorisation est obligatoire pour élever une construction qui dans le principe ne serait pas destinée à l'usage habituel quoique non permanent de l'homme, mais qu'en raison de sa disposition un simple changement de volonté pourrait y affecter. S'il en était autrement, le moyen serait trop facile d'éluder les prescriptions de la loi.

CHAPITRE V.

DE LA POLICE DES CIMETIÈRES.

ARTICLE I.

Nature du droit de police et de surveillance.

200. Généralité de l'article 16 du décret de prairial.
201. Voies de recours contre la décision de l'autorité municipale.
202. Substitution possible de l'action du préfet à celle du maire.
203. Droit d'initiative donné aux préfets par la loi du 5 avril 1884.
204. Intervention commune des autorités civile et ecclésiastique dans l'ancien droit. Aperçu de leurs réglementations.
205. Que comprend le pouvoir de police donné au maire?
206. Conséquences de ce pouvoir en ce qui concerne l'inhumation faite dans un cimetière autre que celui de la commune du défunt.

200. — Nous avons été fréquemment amené, dans les pages qui précèdent, à considérer sous son double aspect le rôle du maire, suivant qu'il représente la commune en gérant ses intérêts ou qu'il exerce le pouvoir de police municipale qui lui est dévolu; et nous avons déterminé, quant à l'objet de notre étude, les conséquences qui résultent de cette distinction.

Il est temps maintenant d'envisager dans son ensemble ce pouvoir de police que nous avons étudié dans quelques-unes de ses applications, notamment à propos de la délivrance du permis d'inhumer, et que nous rencontrerons encore au sujet de l'autorisation des sépultures en terrain privé.

Il se trouve expressément énoncé dans l'article 17 du décret de prairial qui soumet les lieux de sépulture « à l'auto-

rité, police et surveillance des administrations municipales ». Evidemment, c'est là un texte d'une portée générale, où le maire puisera la source de son droit. Les prescriptions de la loi ne peuvent être ni absolues, ni très précises dans une matière où forcément il doit être tenu compte des circonstances de fait et de lieu, des conditions de l'hygiène et de l'intérêt de la morale publique, circonstances qui varieront avec chaque hypothèse. Aussi bien, il était juste de décider que, tout en se conformant à certaines règles générales de police, on devait surtout s'en référer aux règlements particuliers dont l'initiative serait laissée au maire, plus à même que personne de juger les mesures à prendre suivant chaque cas particulier.

201. — Les décisions et règlements du maire exerçant son pouvoir de police sont toujours réformables par la voie gracieuse, et n'échappent point par conséquent au droit général de recours hiérarchique au préfet, et du préfet au ministre. Disons encore que si, en vertu des principes souvent rappelés déjà, ils ne peuvent être attaqués par la voie contentieuse, le recours au conseil d'Etat pour excès de pouvoir est toujours possible. Cette règle générale trouve naturellement là son application : il eût été impossible en effet « d'enlever aux familles, dans une matière qui touche à des intérêts si graves, à des sentiments si profonds et si respectables, le recours contre les négligences, les passions locales, les abus de pouvoir dont peuvent être affectés les actes de l'autorité municipale » (1).

Observons toutefois que ce recours pour excès de pouvoir n'est possible qu'aux seuls intéressés, qu'à ceux qui ont di-

(1) Ducrocq, Note sur l'arrêt de la Cour de Poitiers du 30 mai 1884, § 6. D. P. 84. 2. 193.

rectement souffert de la décision prise par l'autorité municipale. Il faudrait en conséquence le refuser aux habitants d'une commune, et même aux concessionnaires de terrains dans un cimetière, lorsque les actes en question ne portent pas atteinte directe à leurs droits (1). Nous savons, au contraire, que lorsqu'il s'agit, non point de déférer au conseil d'État les actes de l'administration pour la police des lieux de sépulture, mais bien l'arrêté par lequel le préfet règle les conditions de translation d'un cimetière, tous les habitants ont le droit d'intervenir (2).

Il est inutile de rappeler que ce recours pour excès de pouvoir n'autorise point le conseil d'Etat à prescrire les mesures qui peuvent être la conséquence de l'annulation par lui prononcée, contrairement au recours par la voie contentieuse qui permet de statuer au fond et par conséquent de remplacer la décision attaquée par une décision nouvelle.

202. — L'autorité préfectorale, ainsi que nous venons de le remarquer, peut toujours, sur la réclamation de la partie lésée, annuler la décision, prise par le maire. Mais peut-elle de son propre mouvement se substituer au rôle de celui-ci ? L'article 85 de la nouvelle loi municipale, reproduisant textuellement la disposition de l'article 15 de la loi de 1837, nous fournit une réponse à cette question : « Dans le cas, dit-il, où le maire refuserait ou négligerait de faire un des actes qui lui sont prescrits par la loi, le préfet peut, après l'en avoir requis, y procéder d'office par lui-même ou par un délégué spécial ».

Cette règle générale a toujours reçu son application au

(1) C. d'Etat, 16 avril 1880. D. P. 81. 3. 10 ; 8 août 1873. Delucq. D. P. 74. 3. 44.

(2) V. suprà, n° 107, et C. d'État, 10 janvier 1856. D. P. 56. 3. 43 ; 13 décembre 1878. D. P. 79. 3. 35. — Contrà : 14 avril 1861. D. P. 62. 3. 1.

sujet des décisions concernant les sépultures (1), et elle se trouve confirmée par la jurisprudence constante du ministère de l'intérieur (2). Un récent arrêt du conseil d'État (3) est cependant en contradiction avec cette solution. Il annule pour excès de pouvoir un arrêté préfectoral qui accordait dans un cimetière communal une concession refusée par le maire, et se fonde sur ce que « la mesure dont il s'agit n'était pas de celles auxquelles il peut être procédé d'office par le préfet, par application de l'article 15 de la loi du 18 juillet 1837 ». Ce motif ne nous paraît pas pouvoir être justifié. L'acte, en effet, pour l'exécution duquel le préfet substitue son autorité à celle du maire n'est point un acte purement de gestion, mais bien en même temps un acte de police, et par conséquent n'est point, par sa nature, réservé à la connaissance exclusive et nécessaire du maire (4). D'ailleurs, du soin avec lequel l'arrêt dont nous parlons relève les circonstances particulières de la cause, il est permis de conclure que la jurisprudence du conseil d'Etat ne se trouve pas manifestement changée sur la question générale.

203. — L'article 85 de la loi du 5 avril 1884 prévoit seulement l'hypothèse où le maire refuse ou néglige, après avertissement du préfet, de prendre une mesure à laquelle il est obligé par la loi, qu'il n'est pas libre de ne pas exécuter. Mais l'article 99 de cette même loi va plus loin, et dispose que « les pouvoirs qui appartiennent au maire ne font pas obstacle au droit du préfet de prendre, pour toutes les com-

(1) V. notamment : C. d'Etat, 27 décembre 1860. Masson. D. P. 6 1. 3. 9, et 23 février 1861. Chaussavoine. D. P. 61. 3. 22.

(2) Ducrocq. Note de l'arrêt précité.

(3) C. d'Etat, 20 avril 1883, de Bastard. D. P. 84. 3. 106.

(4) V. suprà, n° 163.

munes du département ou plusieurs d'entre elles, et dans tous les cas où il n'y aurait pas été pourvu par les autorités municipales, toutes mesures relatives au maintien de la salubrité, de la sûreté et de la tranquillité publiques. Ce droit ne pourra être exercé par le préfet à l'égard d'une seule commune qu'après une mise en demeure au maire restée sans résultat ».

Ainsi donc, d'après cet article, et lorsque l'objet de la décision intéresse la salubrité et l'ordre public, le préfet a le droit de prendre l'initiative et de substituer son action à celle du maire, même dans les cas où celui-ci n'est point obligé à agir. Nul doute que cette disposition générale ne s'applique à la matière dont nous traitons. Sous l'empire de l'ancienne loi municipale de 1837, le préfet n'avait le droit de se mettre au lieu et place du maire que lorsque celui-ci n'accomplissait pas les actes prescrits par la loi. Voici donc une extension donnée au pouvoir de l'autorité préfectorale, et nous pouvons justement remarquer « qu'en ce qui concerne la police des sépultures, la loi du 5 avril 1884, tout en maintenant les attributions de l'administration municipale, a plutôt augmenté qu'affaibli les prérogatives de l'administration supérieure en cette matière » (1).

204. — Cette mission de police donnée aujourd'hui au maire sur les lieux de sépulture n'était point, dans l'ancien droit, l'apanage exclusif du pouvoir civil. Tout ce qui se rapportait à cet objet intéressait à la fois les deux autorités civile et ecclésiastique : aussi intervenaient-elles toutes deux dans la surveillance des terrains affectés aux inhumations, avec une compétence égale et d'un commun accord. Peu à peu cependant, le rôle propre du pouvoir civil se dégage. Si les

(1) Ducrocq, Note précitée.

curés demeurent toujours chargés de la surveillance, aux anciennes décisions des conciles succèdent les arrêts des parlements. La marche de la législation s'accentue dans ce sens, et le décret de prairial proclame l'autorité civile unique et toute-puissante. Telle est désormais la théorie légale.

La discuter n'entre point dans le cadre de notre étude. Nous aurions alors à nous demander si l'autorité religieuse se trouve justement dépouillée d'une ingérence si naturelle en cet objet; si le rôle de l'autorité civile, en présence d'une organisation des cultes offrant les plus sérieux caractères de sage administration, ne devrait pas se borner à faire respecter les règlements généraux de salubrité et d'ordre public, et si l'ancien concours des deux pouvoirs n'était pas le moyen de garantir la liberté que la loi a spécifiée pour les cultes reconnus.

Sans entrer dans les détails, et sans prétendre faire l'historique de cette matière dans l'ancien droit, nous pouvons constater que les lieux consacrés à la sépulture ont sans cesse été l'objet de règlements destinés à assurer le respect dû au culte des morts.

Dès le concile d'Elvire (canons 34 et 35) tenu en l'année 305 (1) il était défendu d'allumer des cierges dans les cimetières pendant le jour, et les femmes ne pouvaient y passer la nuit en veilles. Le troisième concile de Constantinople interdisait d'y tenir cabaret ou boutique, ou d'y vendre des aliments. D'une manière générale, toutes assemblées profanes, telles que foires et marchés, y sont défendues par les conciles de Bourges (1528-1534) et celui de Bordeaux (1624).

Le parlement de Besançon confirma ces défenses le 20

(1) Date donnée par Emile Ollivier, Nouveau manuel de Droit Ecclésiastique français, 1886, p. 3.

décembre 1684, en interdisant « à tous marchands merciers et autres d'exposer en vente leurs marchandises et denrées dans les cimetières, à peine de 100 livres d'amende et de confiscation (1) ». Un arrêt du parlement de Dijon du 3 mars 1560 et un arrêt du Conseil du 12 juin 1614 défendent d'en faire un lieu de danse. Le parlement de Rennes, le 14 mai 1622, en prohibe l'entrée avec armes et bâtons, et prend des mesures pour y sauvegarder la morale publique. Un arrêt de règlement du parlement de Paris, rendu pour le diocèse de Boulogne à la date du 4 août 1745, « fait défenses à toutes personnes, tant ecclésiastiques que laïques, de mettre paître aucuns bestiaux dans les cimetières, sous quelque prétexte que ce puisse être, même sous celui d'en avoir acheté l'herbe au profit de l'église (2) » : prohibition du reste édictée depuis longtemps par le concile de Cambrai, en 1586.

205. — Aujourd'hui, le décret de prairial est la vraie loi organique sur la matière. Il confère aux maires tout pouvoir concernant l'aménagement, le bon ordre, la décence et la tranquillité des cimetières. Les lieux de sépulture sont soumis à « l'autorité, police et surveillance des administrations municipales », dit l'article 16. Nous verrons plus loin comment s'exerce cette « autorité » en cas d'inhumation sur la propriété privée. Disons que pour les cimetières publics il en résulte que le maire a le droit d'interdire toute sépulture pratiquée ailleurs que dans leur enceinte, et même, s'il le juge à propos, toute sépulture dans un cimetière public qui ne serait pas celui de la commune où est décédé le défunt.

(1) Denisart, Collection de décisions nouvelles, v° Cimetière.
(2) Id.

206. — Ce dernier point cependant a fait difficulté. La Cour de cassation, dans un arrêt du 12 juillet 1839 (1), avait décidé d'abord que l'autorité municipale n'avait pas le droit d'ordonner que les inhumations soient faites dans tel cimetière plutôt que dans tel autre. Mais cette jurisprudence est expressément abandonnée depuis un arrêt du 28 mars 1862 (2). Pour pouvoir accomplir une inhumation hors du territoire communal, même dans le cimetière d'une commune limitrophe, il faut avoir non seulement l'autorisation du maire de cette dernière commune, mais aussi le consentement du maire de la commune où s'est produit le décès (3). A plus forte raison faudra-t-il cette dernière autorisation lorsqu'il y aura lieu d'exhumer le cadavre déjà enterré dans le cimetière communal, pour le transporter dans le cimetière d'une autre commune, l'autorisation du maire étant toujours requise en matière d'exhumation (4).

Peu importe d'ailleurs que la question se pose comme dans l'arrêt du 23 février 1861, lorsque les circonscriptions paroissiales ne correspondent pas aux circonscriptions communales. « L'obligation de se faire enterrer dans le cimetière de la commune habitée par le défunt, disait le ministre des cultes dans cette affaire, ne serait pas un obstacle à l'accomplissement des cérémonies religieuses, lors même qu'une section de commune se trouverait comprise dans une circonscription paroissiale autre que celle de la commune du lieu

(1) Dalloz, Jurisprud. gén., v° Culte, n° 828.

(2) Cassat. 28 mars 1862. Donat. D. P. 62. 1. 255.

(3) Cf. 14 avril 1838. Perissel. Sirey, 38. 1. 449 ; 11 juillet 1856. Sirey. 56. 1. 842. (En conséquence des mêmes principes, il faudrait également autorisation, s'il s'agissait d'inhumation en propriété privée sur le territoire d'une commune limitrophe. V. infrà, n° 237.)

(4) C. d'Etat, 23 février 1861. D. P. 61. 3. 22.

du décès. Dans ce cas, le corps doit être présenté à l'église de la paroisse dont dépend cette section de commune pour le culte. Le service religieux est célébré par le curé ou desservant de cette paroisse ; ensuite il est procédé à l'inhumation par le desservant de la commune où se trouve le lieu du décès. »

Nous ne verrions pas d'obstacle, quant à nous, à ce que le même desservant accomplisse toute la cérémonie religieuse, quand bien même il accompagnerait le corps dans le cimetière qui ne fait pas partie de sa paroisse. Quoi qu'il en soit, le principe suivi par la jurisprudence est que tout individu doit être inhumé dans la commune où il est décédé ; il n'y est fait exception que sur l'autorisation expresse du maire, libre de la refuser, sauf recours à l'autorité supérieure.

ARTICLE II.

Objet du droit de police et de surveillance.

§ I. — *Différents cas d'exercice de l'autorité municipale.*

207. Rappel de prescriptions déjà énoncées : murs de clôture ; fosses, tarif.
208. Liberté de modification laissée au maire. Heures d'entrée dans le cimetière ; rassemblements ; décence publique, etc...
209. Clefs du cimetière. Servitude de passage. Porte de communication.
210. Le droit de police s'étend à toutes les parties du cimetière, concédées ou non.
211. Fouilles.
212. Epitaphes
213. Discours. Ornementation des tombes.

207. — Certaines prescriptions édictées par le décret du 23 prairial de l'an XII, au sujet de la police des cimetières, nous sont déjà connues. Ainsi, nous avons vu que les cimetières

doivent être clos de murs de 2 mètres de hauteur, et que si, en fait, cette clôture obligatoire n'existe pas dans certaines communes, si les murs sont remplacés par des haies vives ou des fossés, ce n'est que par suite d'une tolérance de l'administration supérieure, toujours libre d'ordonner la construction des murs, malgré l'opposition du maire et du conseil municipal. Cette prescription, du reste, n'est pas une innovation ; elle avait été formulée par le quatrième concile de Milan en 1573 et par celui de Cambrai en 1586 (1). Un édit d'avril 1695 ordonnait de clore les cimetières et mettait la clôture à la charge des habitants (2).

Nous avons vu encore qu'au maire appartient le droit d'empêcher que les fosses soient renouvelées moins de cinq ans après l'inhumation, de diriger les travaux d'aménagement du cimetière, d'y planter les arbres ou de les supprimer s'ils sont en trop grand nombre et nuisent à la salubrité, d'y établir des allées facilitant la circulation, de nommer le fossoyeur et de fixer le tarif des sommes qu'il peut exiger (3).

208. — Toutes les mesures de police non prévues par le décret seront, en vertu du texte général de l'article 16, valablement prises par le maire, qui pourra à son gré ajouter des prescriptions à celles déjà édictées, et tout régler pour assurer « la salubrité et l'ordre public ». Le décret de prairial, nous le savons, détermine les dimensions des fosses et les distances entre elles ; mais le maire jugera si, en raison de la nature spéciale du sol, ces dimensions et ces distances ne doivent pas être augmentées. En cas d'épidémie, il appréciera les précautions nécessaires pour l'inhumation de telle per-

(1) Journal du Palais, Répertoire, v° Cimetière, n° 10.
(2) Denisart, loc. cit.
(3) Cassat. 7 septembre 1850. Turgeon. D. P. 50. 5. 64.

sonne ou de telle catégorie de personnes (1). Il décidera à quelles heures et sous quelles conditions le public sera admis dans le cimetière. Il y interdira tous rassemblements et réjouissances de nature à troubler le respect dû aux morts et à porter atteinte à la décence publique ; il pourra s'opposer à l'installation d'un café ou cabaret dans le voisinage immédiat du cimetière ou en prescrire la fermeture.

209. — Comme conséquence de la haute mission de surveillance confiée au maire, les décisions ministérielles ont déclaré que ce fonctionnaire devrait avoir la garde des clefs du cimetière, sans que le curé ait le droit d'en réclamer une pour son usage exclusif, à moins que le cimetière n'entoure l'église ou qu'il n'y soit établi une chapelle où des services religieux doivent être célébrés (2). Dans la pratique, un arrangement intervient habituellement entre l'autorité ecclésiastique et l'autorité civile, à ce sujet.

Le maire a tout droit pour prohiber l'exercice d'une servitude de passage établie sur le terrain d'un cimetière. Il peut également enjoindre au propriétaire d'un enclos contigu de faire murer une porte qui donnerait accès de sa propriété dans le cimetière, quand bien même cette communication existerait de temps immémorial ; il est en effet impossible d'acquérir par prescription le droit de conserver des communications interdites par une loi intéressant l'ordre public (3).

210. — Le pouvoir de police du maire s'exerce sur toutes les parties du cimetière, aussi bien sur les parcelles concédées

(1) L. 5 avril 1884, art. 97, § 3 et 6.
(2) Bulletin du Ministère de l'Intérieur, 1856, n° 77, p. 249.
(3) Cassat. 20 juin 1863. D. P. 63. 1. 381.

que sur le reste du terrain affecté aux sépultures ordinaires, et le maire est également responsable de leur mauvais état d'entretien (1). Il a été jugé que lorsqu'un règlement municipal sur les concessions autorise seulement les concessionnaires temporaires à entourer leurs terrains de balustrades, ils ne peuvent se permettre d'établir une clôture en maçonnerie pleine ; le maire aurait le droit d'en prescrire la démolition (2).

211. — Il puiserait encore dans son rôle de surveillance et de police le droit d'interdire à un ouvrier de faire ou de continuer des fouilles et travaux sur un terrain concédé aussi bien que sur une autre partie du cimetière, sans que le concessionnaire puisse exciper du trouble apporté à son droit (3).

212. — Toute inscription tumulaire doit formellement être soumise au contrôle préalable du maire, qui apprécie souverainement si elle a uniquement pour but d'honorer la mémoire du défunt (4). La question sera parfois difficile à trancher. « Il faut reconnaître, dit la circulaire ministérielle du 30 décembre 1843 (n° 17), qu'en pareille matière la plus grande liberté doit être laissée au pouvoir municipal. Une inscription même inoffensive, par cela seul qu'elle pourrait servir de prétexte à des désordres et devenir une occasion de scandale et de troubles, doit pouvoir être interdite. C'est au maire qu'il appartient de juger s'il doit la permettre ou la défendre. Ce qu'il importe de considérer avant tout, ce sont les

(1) C. de Lyon, 16 mai 1877. Perrichon c. ville de Saint-Etienne. D. P. 79. 2. 19.

(2) Cassat. 14 octobre 1843. Sirey. 43. 1. 878.

(3) C. de Bordeaux, 25 août 1879. Aymen c. Gagnard et Barreyre. D. P. 81. 2. 24.

(4) Ordonnance du 6 décembre 1843, art. 6.

conséquences qui pourront résulter de l'autorisation réclamée, et si, abstraction faite de toute intention, les paroles gravées sur une tombe ne seraient pas de nature à provoquer des manifestations contraires au bon ordre et au respect dû aux lieux de sépulture, conséquences que l'autorité municipale est seule en état d'apprécier ».

Plein pouvoir est donc laissé au maire de non autoriser ou de supprimer toute expression trop bizarre, ridicule ou inconvenante, gravée sur un tombeau. On comprend que l'inscription ne doit avoir trait qu'à la personne du défunt, ne rappeler que les faits de sa vie propres à honorer son nom et son souvenir, et que par conséquent elle ne peut servir de prétexte à une réclame déplacée en faveur des membres de la famille, ou fournir l'occasion d'injures envers des particuliers, ni se prêter à la glorification exclusive d'un parti politique.

Le maire aura soin que les convenances dues aux différents cultes reconnus ne soient point troublées. Il est évident que les épitaphes s'inspirant de ces cultes ont leur pleine et naturelle raison d'être, soit qu'elles énoncent de pieuses réflexions, soit qu'elles se manifestent par des citations empruntées aux textes sacrés. Mais on ne saurait admettre, pensons-nous, les inscriptions qui seraient de nature à blesser directement les croyances religieuses. La liberté des cultes, telle qu'elle est légalement garantie, ne se conçoit pas sans une certaine protection de l'autorité contre les attaques dont leurs dogmes peuvent être l'objet, surtout lorsque ces attaques prennent le caractère de manifestations ou de provocations offensantes. Décider autrement serait, nous semble-t-il, violer le droit concordataire et même la neutralité voulue par la récente loi du 14 novembre 1881,

dont nous allons parler bientôt. Le maire, en vertu de son droit général de police, aura un pouvoir d'appréciation forcément étendu, qui variera suivant les différentes hypothèses. Nous souhaiterions qu'il fût plutôt restreint par des règles précises en rapport avec la délicatesse et la gravité de la matière, le maire pouvant souvent se trouver, en fait, par suite des difficultés locales ou autres, dans l'impossibilité ou l'incapacité de juger en parfaite connaissance de cause (1).

213. — Ce que nous venons de dire à propos des épitaphes, nous devrions le répéter au sujet des discours prononcés dans le cimetière. La loi n'exige pas formellement, comme pour les inscriptions, qu'ils soient soumis à l'autorisation préalable du maire ; mais l'analogie est grande et les raisons de décider sont les mêmes. Il faut donc reconnaître au maire le droit de s'opposer à la parole publique dans un cimetière, quand elle lui paraît devoir être l'occasion de troubles, ou de nature à froisser gravement les sentiments et croyances des citoyens.

L'autorisation n'est point nécessaire pour faire placer sur la fosse la pierre funéraire destinée à la recouvrir, ou pour ériger le mausolée, de quelque importance qu'il soit. Si toutefois il affectait une forme ridicule, si les ornementations en étaient inconvenantes, le maire aurait certainement le droit d'intervenir.

(1) Dufour, Droit administratif, t. I, p. 263 et 475. — C. d'Etat, 7 janvier 1842. Alban des Héberts. D. A. v° Culte, n° 819. — C. de Rouen, 24 mars 1884. D. P. 85. 2. 80.

§ II. — *Abrogation de l'article 15 du décret de prairial.*

214. Atteinte portée aux différents cultes par cette abrogation.
215. Esprit de l'article 15 du décret et des circulaires postérieures qui le commentent.
216. Objection formulée contre lui.
217. Rôle qui était dévolu à l'administration municipale dans son application.
218. Législation actuelle. Loi du 14 novembre 1881.

214. — L'administration avait encore, d'après le décret de prairial, la mission de garantir la division intérieure du cimetière communal entre les différents cultes reconnus. L'article 15 était ainsi conçu : « Dans les communes où l'on professe plusieurs cultes, chaque culte doit avoir un lieu d'inhumation particulier, et dans le cas où il n'y aurait qu'un seul cimetière, on le partagera par des murs, haies ou fossés en autant de parties qu'il y a de cultes différents, avec une entrée particulière pour chacune, et en proportionnant cet espace au nombre d'habitants de chaque culte ». Cet article a été abrogé par une loi du 14 novembre 1881 dont nous n'avons pas à interpréter l'esprit, et qui, sous prétexte d'assurer plus complètement la liberté des cultes, a en réalité porté une grave atteinte à ce principe de notre droit public (1). Les consciences se sont justement alarmées ; lors de la discussion de la loi, elles ont trouvé à la Chambre des députés et au Sénat leurs éloquents défenseurs.

Les quatre cultes reconnus en France ont senti que cette loi violait leur libre exercice, tel qu'il était promis et garanti par la législation du 18 germinal an X.

(1) Nous parlons de la liberté des cultes telle qu'elle est consacrée par les constitutions modernes, sans en discuter le principe en lui-même.

La religion catholique, d'une part, a été frappée sur un point de sa discipline étroitement lié à son dogme. Cette discipline en effet exige pour la sépulture des fidèles un cimetière bénit par l'évêque dans toute son étendue, et qui dès lors devient terre sainte, où se continue après la mort la société des croyants. Cette haute doctrine repose sur les deux dogmes de la communion des saints et de la résurrection future des corps, et les règles canoniques n'ont cessé, à travers tous les âges de l'Eglise, d'en faire l'application. Dans la religion catholique, le cimetière est la suite naturelle du temple : « *Cœmeterium æquiparatur ecclesiæ* », et l'inhumation du corps en terre sainte est, tout aussi bien que sa présentation à l'église, un acte du culte public, une participation à la communion ecclésiastique. Or la consécration nécessaire du cimetière n'est possible que dans un terrain exclusivement réservé au culte catholique, ou tout au moins séparé des autres cultes.

Cette séparation confessionnelle s'impose d'autre part au culte israélite, dont les rites sont tellement rigoureux que le grand rabbin s'adressait en ces termes à la commission du Sénat chargée d'examiner le projet de loi : « Tout le monde connaît la sévérité de nos prescriptions à l'égard des symboles matériels qui représentent la divinité. Il suffit qu'il s'en trouve dans un lieu pour que le culte israélite soit rendu absolument impossible. Si donc les cimetières en commun étaient établis par la loi, ou bien il faudrait que les israélites cessassent d'y pratiquer les cérémonies de leur culte, ce qui serait une violation de leur propre liberté religieuse, ou bien il faudrait en faire disparaître les symboles matériels représentant la divinité, ce qui serait la violation de la liberté religieuse d'autrui, déplorable alternative qu'il faut également éviter,

pour ne pas porter atteinte à un des grands principes du droit moderne. »

Enfin les deux cultes protestants que reconnaît la loi, l'église calviniste ou réformée et l'église luthérienne ou de la confession d'Augsbourg, tout en ayant peu à souffrir de l'état de choses actuel, puisqu'aucun de leurs rites ne s'oppose formellement à l'œuvre de la nouvelle loi, n'en sont pas moins très favorables à la séparation confessionnelle qui leur assure plus manifestement la liberté.

215. — Le décret de prairial avait été rendu avec des intentions conciliatrices très apparentes, et dans le but d'effacer les tristes souvenirs révolutionnaires qui s'attachaient à cette question des sépultures. Il annulait évidemment le décret du 12 frimaire an II qui avait admis la confusion des tombes, sans distinction de cultes, dans les cimetières déclarés, comme tous les biens d'Église, propriété de la nation. Ce décret d'ailleurs, d'après la décision même de la Convention, ne devait pas être public; il n'était, en réalité, qu'un simple ordre du jour prononcé par elle à propos d'une pétition tendant au maintien des cimetières confessionnels (1). L'article 15 du décret de prairial, apportant son concours à la législation

(1) Voici la teneur de ce décret :

« La Convention nationale, après avoir entendu le rapport de son comité de « législation sur la pétition du citoyen Rogeau, membre de la commune de « Warlay-Baillon, district d'Amiens, dans laquelle il expose qu'un attroupe- « ment considérable de femmes a empêché l'inhumation d'une protestante, « franche aristocrate, dans le cimetière de cette commune, et demande des me- « sures pour empêcher le renouvellement de pareilles scènes; que chaque « citoyen exerce librement le culte qu'il adopte ; qu'il y ait, autant que faire « se pourra, un lieu particulier de sépulture pour chaque secte, etc... ;

« Considérant qu'aucune loi n'autorise à refuser la sépulture dans les cime- « tières publics aux citoyens décédés, quels que soient leurs opinions reli- « gieuses et l'exercice de leur culte, passe à l'ordre du jour.

« Le présent décret *ne sera pas imprimé* ; il sera inséré au Bulletin. »

concordataire, était donc établi sur un ordre d'idées absolument opposé.

Quelque temps après sa promulgation, une circulaire ministérielle (1) le déclarait nettement. « La profession de différents cultes dans une même commune, disait-elle, a souvent donné lieu, quant aux inhumations, à des querelles et à des discussions religieuses. Pour en empêcher le retour, le gouvernement a pensé que, dans ces communes, chaque culte devrait avoir un lieu d'inhumation particulier. »

Et, plus tard, une autre circulaire ministérielle adressée aux évêques, cherchant toujours à dégager l'esprit du décret de prairial, disait : « Le décret du 23 prairial an XII a voulu concilier ce qu'exigent la salubrité publique, le respect dû à la cendre des morts, le sentiment pieux des familles, et laisser en même temps à chaque culte la liberté de suivre, en se conformant aux règlements, ses traditions et sa discipline, en ce qui concerne les inhumations » (2). C'était le rétablissement des cimetières confessionnels administrés conformément aux lois et aux usages des cultes auxquels ils sont destinés. Pour le culte catholique en particulier, c'était la liberté d'accomplir les cérémonies de son rituel quant à la bénédiction totale du terrain affecté à l'inhumation des fidèles ; et en fait, après la promulgation du décret, dans presque toutes les communes on procéda à cette bénédiction, prescription stricte de la discipline catholique et condition du libre exercice du culte promis par le Concordat. Si, à Paris et dans quelques localités, l'usage contraire a persisté, ce fait constituait une exception que l'autorité ecclésiastique, pour des motifs dont

(1) Circulaire du ministre de l'intérieur, M. Chaptal, du 8 messidor an XII.

(2) Circulaire du ministre des cultes, M. Martin du Nord, du 1er septembre 1843.

elle est seule juge, croyait nécessaire de tolérer ; mais on ne peut aucunement en argumenter en faveur de l'abolition des règles canoniques, qui conservent toujours leur même force et leur même caractère obligatoire.

Ce retour à l'ancienne coutume de la bénédiction totale du cimetière était, en somme, tout l'objet de l'article 15 du décret de prairial, ainsi qu'il ressort de son texte et de son adoption par l'assemblée générale du conseil d'Etat. La section de l'Intérieur, sur le rapport de M. de Ségur, avait proposé de rendre les cimetières communs à tous les cultes et « de n'accorder à la religion catholique, puisqu'elle exige que les morts soient enterrés dans une terre bénite, que le droit de bénir chaque fosse à chaque inhumation ». Si cette opinion avait prévalu, l'article 15 devenait inutile. L'assemblée générale, en la rejetant, a tenu à assurer aux cultes leur complète liberté d'exercice, et à proclamer leur droit absolu à la séparation confessionnelle des cimetières.

216. — On a élevé contre l'article 15 cette objection qu'il ne réservait pas de place dans le cimetière public à ceux qui mouraient sans faire profession d'aucun culte. Il est évident qu'ils ne seront point admis dans les parties confessionnelles du cimetière, puisque c'est là précisément la raison de l'établissement de celles-ci. Nous n'avons pas, du reste, à signaler l'étrange anomalie de ceux qui, ayant refusé adhésion à tout culte pendant leur vie, prétendent en fait y participer après leur mort. Mais le cimetière communal, en dehors des réserves confessionnelles, contenait un emplacement où toute personne était admise sans distinction de culte. Si, par suite de la considération qui s'attache à l'inhumation en terre sainte, cet emplacement jouissait d'un respect moindre dans l'opi-

nion publique, il serait souverainement injuste d'en accuser les cultes, et de restreindre pour cette cause leur libre exercice. En dehors même des parties affectées à la sépulture de ceux que l'Eglise exclut du sol consacré, par suite de circonstances de leur mort jugées par elle spécialement incompatibles avec l'inhumation en terre sainte, une place décente, quoique non bénite, devait être assurée dans tout cimetière aux personnes mortes sans participation à la communion ecclésiastique (1).

Cette division du cimetière était l'œuvre de l'administration, agissant conformément au droit de police qui lui appartient. Sans doute, ce lieu d'inhumation particulier n'a pas toujours été exactement déterminé dans toutes les communes. Il a pu se faire que tel maire, surpris par un décès de ce genre, n'ait pas désigné dans le cimetière un lieu présentant les conditions d'égalité voulues. Sur ce terrain enfin, le conflit est facile entre l'autorité ecclésiastique et l'autorité civile. Mais étaient-ce là des raisons suffisantes pour rompre l'harmonie du pacte concordataire ?

217. — Nous venons de dire que, sous le régime de l'article 15 du décret de prairial, c'était à l'administration de pratiquer la division intérieure du cimetière communal entre les différents cultes. Cette division était établie proportionnellement au nombre d'habitants faisant profession de chaque religion. Là du reste s'arrêtait le rôle de l'administration (2).

L'aménagement des parties afférentes à chaque culte devait naturellement être fait par leurs ministres respectifs. C'était la conséquence obligatoire de la séparation confessionnelle, chaque culte devant avoir la possibilité d'appliquer les

(1) C. d'Etat, 17 juillet 1861. Caratsch. D. P. 61. 3. 51.
(2) Id. 8 février 1868. Jousseaume. D. P. 68. 3. 9.

dispositions de son rituel qui ont trait aux inhumations. Ce principe était d'ailleurs reconnu par la législation, ainsi qu'en témoigne un avis du conseil d'Etat, qui s'exprime ainsi : « L'autorité civile a rempli le vœu de la loi lorsqu'elle a fait établir dans les cimetières des divisions pour les différents cultes. Toutefois si, dans l'exercice qui lui appartient de la police des cimetières, elle doit demeurer étrangère aux observations particulières à ces cultes, elle ne doit pas s'opposer à ce que, dans l'enceinte réservée à chaque culte, on observe les règles, s'il en existe, qui peuvent exiger quelque distinction dans les sépultures » (1).

Le maire qui aurait entrepris de s'immiscer dans ce règlement aurait donc excédé son droit, et l'arrêté par lequel il aurait ordonné dans la partie réservée à un culte l'inhumation d'une personne n'appartenant pas à ce culte, devait être annulé pour excès de pouvoir (2).

218. — Cette hypothèse et celles qui pourraient lui être analogues ne se présenteront pas sous l'empire de la loi du 14 novembre 1881 qui enjoint aux maires de désigner l'emplacement des tombes, sans avoir égard à la différence des cultes. Mais, en fait, si les murs ou les haies de séparation confessionnelle sont tombés, la pratique des inhumations suivant la distinction établie par l'article 15 du décret de prairial n'en demeure pas moins presque générale, et la plupart des administrations municipales hésiteront longtemps à user du pouvoir que leur confère la loi de 1881. D'après cette même loi, il faudrait reconnaître au maire le droit de faire enlever dans le cimetière tout emblème qui ne serait pas spécial à chaque

(1) C. d'Etat, 27 avril 1831. D. A. v° Culte, n° 821.
(2) Id. 13 mars 1872. Tamelier. D. P. 72. 3. 9.

fosse; mais là encore les mesures violentes échoueront devant le sentiment religieux.

En 1864, le Sénat fut saisi d'une pétition isolée, tendant à la réalisation de l'état de choses procuré par la loi qui nous occupe. Elle fut rejetée, et le rapporteur déclarait que « l'égalité et la liberté en matière de culte ne consiste pas dans la confusion et le désordre, mais dans l'impartiale protection accordée à la profession de tous les cultes reconnus ». Ces paroles sont vraies aujourd'hui comme alors : les cultes reconnus pourront subir le fait d'une neutralité qui entrave leur libre exercice tel qu'il était assuré par la législation du Concordat ; mais ils n'en reconnaîtront pas la légitimité, contre laquelle proteste le droit respectable entre tous, le droit des consciences.

§ III. — *Des exhumations.*

219. Elles sont soumises au droit de police. Diverses catégories.
220. 1° Exhumations ordonnées par la justice.
221. 2° Exhumations prescrites par l'autorité municipale : générales ou particulières.
222. 3° Exhumations demandées par les familles.
223. Formalités. De qui émane la demande d'exhumation.
224. Rôle du maire.
225. Présence du commissaire de police. A-t il droit à une rétribution fixe ?
226. Moyens de recours. Distinction.

219. — Le fait de déplacer un cadavre déjà inhumé pour le transporter dans une autre partie du cimetière ou dans un cimetière différent, devait nécessairement être l'objet d'une surveillance rigoureuse de la part de l'autorité municipale, intéressée à maintenir la salubrité et l'ordre public. En conséquence, le décret de prairial (art. 17) charge spécialement les maires « de maintenir l'exécution des lois et

règlements qui prohibent les exhumations non autorisées », et l'article 97-4° de la nouvelle loi municipale confirme ce texte.

Nous n'avons point à nous occuper ici de l'exhumation résultant d'une cause criminelle: lorsqu'en effet elle a pour but la violation de sépulture, elle constitue un délit puni par l'article 360 du Code pénal (1). L'exhumation dont il nous faut parler est celle qui a une cause licite, celle qui s'accomplit soit en vertu d'un ordre de justice, soit d'après la volonté de l'administration, soit pour répondre aux désirs des familles.

220. — 1° *Exhumations ordonnées par la justice.*

Elles sont souvent la condition nécessaire pour arriver à la constatation d'un crime, ou pour éclairer sérieusement la religion des juges au cours d'une instruction. Tout magistrat instructeur a donc le droit d'ordonner l'exhumation pour soumettre le cadavre aux analyses de la science médicale, et pour rechercher les causes de la mort du défunt. (C. Instr. crim. art. 44, 88, 89.) Pour la façon de procéder, il devra s'entendre avec l'autorité municipale et se conformer, autant que possible, aux règlements qui auraient pu être pris par le maire à ce sujet.

221. — 2° *Exhumations prescrites par l'autorité municipale.*

Celles-ci peuvent être effectuées en vertu d'une décision générale ou dans des hypothèses particulières.

A. Elles seront l'objet d'une mesure générale en cas de translation de cimetière. Nous savons qu'alors les concessions

(1) V. infrà, n° 249 et suiv.

doivent être rétablies aux frais de la commune dans le nouvel emplacement destiné aux inhumations. Une décision administrative peut même étendre le bénéfice de cette disposition à toutes les sépultures.

B. Les exhumations particulières auront lieu lorsque les règlements ou les lois sur les sépultures auront été transgressés. Le maire est juge des mesures qu'il peut avoir à prendre dans l intérêt de la salubrité publique; il peut, par exemple, ordonner l'exhumation lorsque les conditions matérielles d'établissement des fosses n'auront pas été observées. De même, son droit souverain « d'autorité et de police » en cette matière lui permet de faire exhumer un cadavre enterré sans autorisation dans un autre endroit que le cimetière communal. Il lui donne encore la faculté de retirer l'autorisation préalablement donnée d'inhumer dans la propriété privée, si cette inhumation vient à présenter des inconvénients (1).

222. — 3° *Exhumations opérées sur la demande des familles*

Ce sont de beaucoup les plus fréquentes. En les accordant, l'administration se rend aux pieux désirs des familles qui veulent donner à leurs morts un lieu de sépulture plus convenable, ou les réunir aux parents inhumés déjà dans un même endroit. Cette permission d'exhumer est accordée à la condition de réinhumer immédiatement et de ne négliger aucune des mesures de salubrité et de sûreté publiques exigées par ces opérations.

223. — Aucune loi ou décret n'a réglementé les formes de la demande d'autorisation et n'a donné le détail des moyens

(1) V. infrà, n° 237.

à employer pour procéder à l'exhumation. Le décret de prairial, tout en chargeant l'autorité municipale de maintenir l'exécution des lois et règlements qui prohibent les exhumations non autorisées, ne désignait pas qui devait donner l'autorisation Ce point n'a été décidé que par des instructions ministérielles, parfaitement conformes d'ailleurs à l'esprit des articles 16 et 17 du décret de prairial. « L'exhumation d'un cadavre, dit une circulaire du 29 février 1856, quelle que soit sa destination, ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une autorisation spéciale du maire ».

Pour les formalités à suivre, on s'inspire d'une ordonnance du préfet de police de Paris du 1er février 1817, qui, bien que rendue pour la capitale, peut néanmoins être considérée comme la règle générale sur la matière.

La demande d'exhumation doit être rédigée sur papier timbré. Elle est formée par le plus proche parent du défunt ou par son fondé de pouvoir. Nous croyons volontiers qu'elle peut aussi émaner de l'exécuteur testamentaire, au cas où les dernières volontés expresses de la personne décédée relativement à sa sépulture n'auraient pas été accomplies. Si la famille du défunt faisait opposition à cette demande d'exhumation, l'autorité municipale devrait surseoir à l'accorder jusqu'à ce que soit décidée la question de savoir qui a la disposition du cadavre (1).

224. — Le maire accordera ou refusera l'autorisation. S'il l'accorde, il prescrira, en outre des règlements généraux déjà pris par lui, les mesures nécessaires pour assurer la salubrité publique et la décence dans le cas particulier. Il fixera le jour, l'heure, le délai et les conditions du transport. L'exhumation

(1) V. suprà, 1re partie, ch. I.

se fera habituellement en présence d'un parent, ou tout au moins d'un ami de la famille ; et un homme de l'art sera appelé pour constater l'identité du cadavre.

225. — Le maire doit en outre déléguer aux exhumations et réinhumations un commissaire de police chargé de surveiller les différentes opérations, et d'en dresser procès-verbal. Si la réinhumation a lieu dans le même cimetière que l'exhumation, il n'y aura qu'un seul procès-verbal ; dans le cas contraire, le commissaire de police du lieu d'exhumation ne sera chargé et ne rendra compte que des opérations jusqu'à la sortie du cimetière. Ce sera à l'autorité municipale du nouveau lieu de sépulture de veiller à la réinhumation.

D'après un arrêté du préfet de la Seine du 10 avril 1827, le commissaire de police aurait droit à une rétribution, fixée alors à 7 francs pour Paris. « Cette rémunération devait être déterminée dans les autres départements par l'autorité municipale, soit au moyen d'un tarif permanent, soit au moyen d'une taxe arrêtée pour chaque cas particulier (1). » Nous ne croyons pas que cette allocation constitue un véritable droit au profit du commissaire de police, car en principe il ne lui est dû aucune rétribution à l'occasion de l'exercice de ses fonctions administratives. C'est donc plutôt l'usage qui lui fait attribuer dans cette hypothèse une vacation dont le taux varie suivant les localités (2).

226. — Comme tous les actes accomplis par le maire dans l'exercice de ses pouvoirs de police, l'arrêté qui accorde ou refuse l'autorisation d'exhumation peut être réformé par l'administration supérieure suivant la voie hiérarchique, mais ne

(1) Journal des Commissaires de police, 1859, p. 174.
(2) Cassat. 16 janvier 1868. D. P. 68. 1. 354.

saurait faire l'objet d'un recours au contentieux devant le conseil d'Etat. Il faut admettre cependant la possibilité du recours pour excès de pouvoir, ouvert en principe, ainsi que nous avons souvent eu l'occasion de le constater, contre tous les actes de l'autorité administrative. L'exercice de ce recours semble avoir été restreint en cette matière par la jurisprudence récente du conseil d'Etat (1). Il faut pourtant ne point oublier que c'est lui qui a pour mission de protéger les droits des familles contre les abus émanant des autorités locales. Aussi la véritable solution nous paraît-elle contenue dans la distinction établie par deux arrêts précédents (2). D'après ce qui se dégage de leur doctrine, le refus d'exhumer prononcé par le maire peut être envisagé suivant deux cas différents :

A. Si le maire, en vertu de ses pouvoirs de police, refuse par des motifs d'ordre public, de convenance ou de salubrité, son appréciation échappe à tout contrôle du conseil d'Etat (3).

B. Si au contraire il refuse, non point en se fondant sur ces motifs d'intérêt général, mais bien pour rendre définitive une sépulture ordonnée ou autorisée dans des conditions illégales et injustes pour les familles, si, par exemple, il s'agit d'une inhumation pratiquée dans un terrain déjà concédé et occupé, il est évident que le recours pour excès de pouvoir sera la garantie précieuse contre l'inexécution des règles prescrites pour assurer à tous les citoyens le respect de la tombe et le repos dans la mort (4).

(1) C. d'Etat, 24 février 1870. Doizi. D. P. 70. 3. 81. — 20 janvier 1882. Lafaille. D. P. 83. 3. 47.

(2) Id. 11 juin 1875. Hallé. D. P. 76. 3. 17. — 16 avril 1880. D. P. 81. 3. 10.

(3) Id. 25 février 1861. D. P. 61. 3. 22.

(4) Id. 8 février 1868. D. P. 68. 3. 9. — 13 mars 1872. D. P. 72. 3. 9.

ARTICLE III.

Sanction du droit de police et en général des dispositions du décret de prairial.

227. Application de l'article 471, §15, du Code pénal.
228. Peut-on y ajouter la sanction de l'exhumation, en se fondant sur l'article 161 du Code d'Instr. crim. ?
229. Objection. Séparation des autorités administrative et judiciaire. Controverse.

227. — Demandons-nous maintenant quelle est la sanction des différentes règles de police que nous venons d'énumérer dans le présent chapitre ; et même, arrivé à ce point de notre travail, généralisons la question en recherchant du même coup de quelle manière sont punies les infractions aux prescriptions énoncées par le décret de prairial de l'an XII, par les divers autres textes législatifs rencontrés au cours de cette étude, et par les règlements municipaux sur cette importante matière des sépultures.

Sauf le cas d'inhumation non autorisée ou précipitée (art. 358 C. pénal) et celui de la violation de sépulture (art. 360 id.), la législation n'est point munie d'une arme spéciale. Il faut donc appliquer la disposition générale de l'article 471, § 15, du Code pénal, qui punit d'une simple amende de 1 à 5 francs ceux qui auront contrevenu aux règlements faits par l'autorité administrative, et ceux qui ne se seront pas conformés aux règlements ou arrêtés publiés par l'autorité municipale. C'est la sanction commune de tous les actes de l'autorité réglementaire, à défaut de prescriptions spéciales plus sévères : « sanction bénigne et d'apparence modeste, qui est l'une des dispositions les plus pratiques de notre droit national,

en même temps qu'elle est de grande importance doctrinale (1) ».

228. — Cette sanction pénale est-elle en toute hypothèse la seule possible ? Ne pourrait-on pas reconnaître en outre au tribunal de simple police le droit de prescrire l'exhumation et le transport du cadavre aux frais des contrevenants, lorsque l'inhumation a été faite dans un lieu autre que le cimetière communal, sans l'autorisation du maire ou malgré son refus ? On s'appuierait, pour le décider, sur l'article 161 du Code d'Instruction criminelle, qui porte que « si le prévenu est convaincu de contravention de police, le tribunal prononcera la peine et statuera par le même jugement sur les demandes en restitution et en dommages-intérêts ». La disposition générale de cet article est le corollaire et le complément du texte de l'article 471, § 15, C. P. ; à la sanction pénale se joint naturellement la réparation civile, qui dans l'espèce est l'exhumation aux frais des contrevenants. Cette réparation civile, du reste, sera souvent d'un secours indispensable pour compenser le peu d'efficacité de la peine résultant de l'article 471, § 15 ; et d'autre part l'action de l'autorité judiciaire sur ce point ne sera pas la même que celle habituellement dévolue à l'autorité administrative. Sans doute, cette dernière, en vertu du pouvoir de police que nous avons étudié, aurait le droit de prescrire l'exhumation ; mais qui en payerait les frais ainsi que ceux de réinhumation ? Il n'appartient point à l'autorité administrative de prononcer cette condamnation pécuniaire. Seule l'autorité judiciaire en est capable par l'application de l'article 161 C. Instr. crim.

229. — La grande objection que l'on fait à cette théorie

(1) Ducrocq, Note sur l'arrêt de la Cour de Poitiers, 1884, § 2.

est précisément la prétendue ingérence de l'autorité judiciaire dans le domaine de l'autorité administrative ; on veut y voir une atteinte au principe de leur séparation (1). Démontrons le mal fondé de ce raisonnement.

L'ordre d'exhumer émane le plus souvent, il est vrai, de l'autorité administrative, soit qu'elle prenne une mesure générale comme en cas de translation de cimetière, soit qu'elle agisse dans des hypothèses particulières, lorsque les règles prescrites pour les inhumations n'auront pas été exécutées, soit enfin qu'elle réponde en cela au désir exprimé par les familles. Dans ces circonstances, son intervention est absolument nécessaire, et rien ne la remplacerait. Mais nous savons aussi que l'exhumation peut être ordonnée par l'autorité judiciaire comme moyen de constatation d'un crime, et qu'alors l'autorité administrative y est absolument étrangère, ce qui laisse parfaitement intact le principe de la séparation des deux autorités. Or l'exhumation prescrite en vertu de l'article 161 C. Inst. crim. ne nous semblerait pas plus violer ce principe que celle ordonnée par le magistrat instructeur à la recherche des preuves d'un crime.

Il y a plus : l'autorité judiciaire, loin de se trouver là en opposition avec l'autorité administrative, lui prête au contraire son appui ; « la première fait l'application des actes de la seconde et leur donne leur plus efficace sanction » (2). Le tribunal de simple police, qui punit d'une amende la contravention consistant dans le fait d'avoir déposé des matériaux sur la voie publique, doit en même temps, d'après la Cour de cassation, en ordonner nécessairement l'enlèvement par les

(1) Cassat. 10 octobre 1856. D. P. 56. 1. 431. — Id. 21 août 1835. D. A. v° Commune, n° 740.

(2) Ducroq, Note citée, § 3.

soins du contrevenant, à peine de nullité du jugement; et cependant l'autorité judiciaire n'a rien à voir dans la police de la voie publique, qui dépend entièrement de l'autorité administrative (1). De même, en matière d'établissements dangereux, incommodes et insalubres, dont la police est pourtant soumise à l'autorité administrative (2), l'autorité judiciaire, qui punit la contravention, ordonne en même temps elle-même la fermeture de l'établissement ouvert sans autorisation administrative (3). Nous pourrions multiplier les exemples : tous feraient ressortir ce que nous avons déjà observé, à savoir que l'article 161 C. Inst. crim. est comme le corollaire et le complément de l'article 471 C. P. On doit, croyons-nous, admettre tout aussi bien ce principe en matière de sépulture que sur toute autre question de législation, et reconnaître à l'autorité judiciaire son droit entier, sans redouter, pour cela, qu'elle empiète sur l'autorité administrative.

(1) Cassat. 19 août 1841. Gobert. D. P. 41. 1. 432 — 17 juin 1853. Martin. D P. 58. 5. 384.

(2) Décret du 15 octobre 1810 et ordonnance du 14 janvier 1815.

(3) Cassat. 26 mars 1868. Haas. D. P. 69. 1. 115.

CHAPITRE VI.

DES INHUMATIONS HORS LE CIMETIÈRE COMMUNAL.

ARTICLE I.

Sépultures sur la propriété privée.

§ I. — *Historique et fondement de l'article 14 du décret de prairial.*

230. Objet de cet article.
231. Son extension dans certains centres protestants. Cimetières de famille.
232. Ses inconvénients.
233. Sa justification. Conclusion en faveur de son maintien.

230. — La sépulture dans le cimetière communal est la règle générale ; celle en terrain privé n'est que l'exception. En la tolérant, le législateur permet la réalisation du désir de ceux qui préfèrent après la mort reposer dans les lieux où ils ont vécu et au milieu des objets qui leur étaient chers. Cette liberté est consacrée par l'article 14 du décret de prairial ainsi conçu : « Toute personne pourra être enterrée sur sa propriété, pourvu que ladite propriété soit hors et à la distance prescrite des villes et bourgs ».

Une telle fondation, on le voit, est soumise aux règles générales dont nous avons parlé à propos des cimetières, notamment à celle qui concerne la distance réglementaire de 35 mètres à observer entre les lieux de sépulture et les habitations groupées.

231. — On fait remonter l'origine de cet usage aux sépultures du désert, en temps de persécution (1). Nous retrouvons là, tout au moins, une sorte de souvenir des tombeaux de famille ou héréditaires de la législation romaine. Il ne faut pas croire, comme on y serait facilement porté, que cette coutume soit rare et isolée. Elle est, au contraire, répandue dans toute une région de la France, parmi les populations protestantes de l'Ouest, qui l'adoptèrent sans doute à la suite de la révocation de l'édit de Nantes (2). Très usité dans le Poitou, notamment dans l'arrondissement de Melle (Deux-Sèvres) et dans certaines parties de l'arrondissement de Niort (canton de Saint-Maixent) et de celui de Poitiers (communes de Saint-Sauvant et de Rouillé), ce genre d'inhumation se rencontre encore dans les principales agglomérations protestantes des deux Charentes, de la Dordogne, de la Gironde, du Lot-et-Garonne, du Tarn-et-Garonne, de l'Ariège. Il est surtout fréquent dans les campagnes, et bien plus rare dans les villes. Cependant, dans certaines, il se trouve parfois en honneur, comme à Tonneins (Lot-et-Garonne). Dans quelques localités du Poitou, il est tellement passé dans les mœurs que le cimetière communal est abandonné ; l'autorisation municipale n'est que bien rarement demandée ; les distances légales ne sont point observées ; et ce qui est ailleurs le fait exceptionnel se trouve être là la règle ordinaire (3).

(1) Th. Ducrocq. *L'article 14 du décret de prairial de l'an XII considéré au point de vue économique et social.* Mémoire produit au congrès de l'Association française pour l'avancement des sciences. Congrès de Blois, 1884.

(2) On la rencontre très rarement dans les populations catholiques ; il y en a cependant quelques exemples.

(3) Th. Ducrocq, Mémoire cité. — Id. *De la variété des usages funéraires dans l'Ouest de la France, sous l'empire du décret du 23 prairial an XII.* Mémoire produit au 22e Congrès des Sociétés savantes, à la Sorbonne (section des sciences économiques et sociales).

L'usage se perpétue toujours. L'habitant de ces contrées, bien qu'ayant depuis longtemps toute liberté d'accès dans le cimetière, préfère l'inhumation sur sa propriété. L'article 14 du décret de prairial se trouve donc avoir là une application générale à laquelle le législateur n'avait probablement pas pensé.

Les sépultures sont tantôt isolées et individuelles, tantôt collectives, entourées ou non d'un mur de clôture et désignées sous le nom de « cimetières de famille ».

232. — Les inconvénients d'un tel usage se signalent d'eux-mêmes. C'est d'abord l'atteinte inévitable portée au respect des tombeaux, qui se trouvent encore moins garantis que dans le cimetière contre l'épreuve du temps, le bouleversement du sol, l'indifférence ou l'oubli. Au point de vue économique, c'est l'immobilisation de certaines parcelles et leur condamnation à l'improduction; c'est surtout la dépréciation réelle de la propriété, dépréciation donnant naissance à une foule de difficultés que les clauses insérées, pour les atténuer, dans les actes de vente ou de partage, dans les donations ou les testaments, sont, la plupart du temps, impuissants à faire disparaître entièrement. Telle vente de terrain sera faite avec réserve de la sépulture qu'elle contient; celle-ci se trouvera donc enclavée, et il en résultera une servitude de passage qui sera le germe de bien des discussions. Telle autre aliénation comprendra la sépulture elle-même, mais sous la condition que le terrain qui y est consacré ne sera jamais en culture, ou qu'il ne pourra l'être qu'après un certain laps de temps déterminé. L'obligation imposée aux acquéreurs de se constituer ainsi les gardiens des tombes d'une famille étran-

gère sera une source permanente de conflit entre les parties contractantes ou leurs ayants cause (1).

233. — En présence de ces nombreux et réels inconvénients qui varieront suivant chaque hypothèse, on peut se demander si l'article 14 du décret de prairial se trouve bien en harmonie avec l'extension donnée dans certaines régions à l'inhumation en propriété privée. Dans une récente étude M. Ducrocq s'est préoccupé de cette question (2). Après avoir pesé la somme des inconvénients et celle des avantages, il s'est prononcé pour le maintien dudit article, en invoquant les principes fondamentaux de la science économique.

Ce sont en effet, dans notre matière, des considérations de cet ordre élevé qui doivent l'emporter. L'article 14 du décret de prairial est un hommage rendu au droit de propriété et au principe de liberté. C'est bien là toute la pensée du législateur : il a voulu que, sous la réserve des règles générales connues de nous et des droits de l'administration dont nous allons parler, chacun ait la faculté et la juste prérogative de déterminer à son choix sa sépulture et celle des siens dans le sol qui lui appartient. Par là, il a tenu compte « des conditions, des usages, des convenances individuelles, sans imposer des conditions contraires au sentiment de la famille, qui trouve, dans le rapprochement et la solidarité de la

(1) Un arrêt inédit de la Cour de Poitiers du 7 décembre 1863 (Hérault c. Boyer et héritiers Cottencin) a prononcé la résiliation de la vente d'un domaine important, fondée sur ce motif que le vendeur n'avait pas fait connaître à l'acheteur l'existence d'une sépulture placée dans le jardin d'agrément de l'habitation, d'après la volonté expressément formulée par le défunt, et que le vendeur était tenu de maintenir. (Ducrocq, Mémoire de 1884 précité.)

(2) Id.

tombe, l'une de ses manifestations les plus puissantes et les plus respectables » (1).

A un autre point de vue, l'article 14 ne pourrait-il pas trouver un utile exercice dans la question de l'insuffisance des lieux de sépulture, insuffisance depuis longtemps évidente dans les grandes villes, mais réelle aussi dans certaines campagnes où l'agrandissement reconnu nécessaire du cimetière se trouve parfois entravé par des difficultés financières ou autres?

Ainsi que l'observe M. Ducrocq, cet article 14 « peut d'ailleurs être un germe fécond pour le développement, même en cette matière, de libertés nouvelles ». Si pendant longtemps il a reçu et reçoit encore son application dans les centres protestants, il offre aujourd'hui la possibilité de l'inhumation sur la propriété privée, aux familles désireuses de se soustraire à la neutralité du cimetière communal depuis la loi du 14 novembre 1881. « Le principe qui domine tout ce grave sujet, aussi bien au point de vue des lois existantes que des lois à faire, n'est-il pas qu'il convient d'assurer la liberté des familles et des individus, en tout ce qui n'est pas contraire au respect dû à la mémoire des morts et à la sécurité des vivants (2)? »

(1) Note de M. Ducrocq sur l'arrêt de la Cour de Poitiers du 30 mai 1834. D. P. 84. 2. 190. § 4 de la note.

(2) Mémoire précité, *in fine*.

§ II. — *Règles d'application.*

234. L'idée d'inhumation en terrain privé n'est pas absolument corrélative de celle de propriété.

235. Cette inhumation ne doit point avoir pour principal objet d'éluder les règles générales concernant le cimetière communal.

236. Le terrain, tant qu'il demeure lieu de sépulture, est hors du commerce.

237. Autorisation préalable. Controverse.

238. Sanction de l'article 471, § 15, C. pén.

239. Règlement général pris par le maire. Sa valeur.

240. L'autorisation donnée au fur et à mesure de chaque décès.

241. Application au cimetière d'une congrégation autorisée.

242. Voies de recours.

234. — En interprétant l'article 14 du décret de prairial d'une manière restrictive, on pourrait comprendre que la faculté d'inhumer est accordée au seul propriétaire du terrain. Mais il ne faut point donner au texte un pareil sens. Il est certain, par exemple, qu'on peut inhumer une personne dans un terrain qui ne lui a jamais appartenu, pourvu que le propriétaire donne son consentement.

Il n'est point nécessaire non plus que le terrain appartienne exclusivement à un unique propriétaire. Il peut être la propriété de plusieurs; ce sera même le cas habituel, car, la plupart du temps, c'est une sépulture de famille qui s'établira de la sorte.

235. — L'intérêt de cette inhumation étant de donner au propriétaire la satisfaction de laisser sa dépouille mortelle au milieu des biens qu'il a possédés, on ne comprendrait pas qu'elle fût pratiquée dans un terrain très exigu, et, à plus

forte raison, acheté à cet effet (1). S'il en était ainsi, ce serait un moyen ouvert à quiconque disposerait de quelques mètres de terre, de ne pas être enterré dans le cimetière communal et de se soustraire à la perception des droits exigibles. On pourrait de la sorte se procurer une sépulture perpétuelle pour un prix inférieur peut-être à celui d'une concession dans le cimetière (2).

Nous avons dit que les sépultures en terrain privé sont individuelles ou collectives. Il faut toutefois observer que, dans ce dernier cas, elles ne peuvent point être établies suivant des proportions exagérées. Si la loi en effet permet le cimetière de famille dans les conditions que nous avons exposées, elle ne saurait tolérer la création d'un véritable cimetière indivis entre un certain nombre de familles qui s'entendraient entre elles pour éluder de cette façon les règles générales de l'inhumation dans le cimetière communal. C'est dans une hypothèse de ce genre qu'un arrêt de cassation du 14 avril 1838 refusa avec raison de reconnaître le juste établissement d'un cimetière commun à 61 familles faisant partie d'une même section de commune.

236. — La portion de terrain où reposent les corps inhumés est, en raison de sa nature, hors du commerce, et affranchie des règles ordinaires du droit de propriété. Si c'est une sépulture de famille, chacun des membres y aura un droit égal indivis ; le terrain ne pourra être ni vendu ni partagé : ce sera une exception à l'article 815 du Code civil. Le souvenir d'affection et la piété envers les morts l'exigent pour

(1) Cassat. 24 janvier 1840. Le Rolland. D. A. v° Culte, n° 786.

(2) C. d'Etat, 27 décembre 1860. D. P. 61. 3 9. — C. de Poitiers, 30 mai 1884. D. P. 84. 2. 185.

tout le temps que le terrain demeurera à l'état de sépulture de famille. Mais dès que ce caractère lui sera enlevé, il redeviendra objet de commerce. Il est hors de doute en effet qu'un lieu dans lequel il y a eu autrefois des inhumations peut être affecté par le nouveau propriétaire à une nouvelle destination, sauf, bien entendu, l'observation des mesures de police sanitaire (1).

237. — En permettant la sépulture sur la propriété privée, le législateur n'a point entendu laisser au caprice de chacun la liberté pleine et entière de l'inhumation. On pourrait peut-être le croire si l'on s'en tenait à la lettre de l'article 14 du décret de prairial ; mais il faut en atténuer les termes par ceux de l'article 16 déjà connu de nous, qui s'exprime ainsi : « Les lieux de sépulture, soit qu'ils appartiennent aux communes, soit qu'ils appartiennent aux particuliers, seront soumis à l'autorité, police et surveillance des administrations municipales ». La jurisprudence en a conclu, avec raison selon nous, que l'inhumation sur la propriété privée est subordonnée à l'autorisation préalable de l'autorité municipale, sauf recours à l'autorité supérieure.

La question a fait difficulté cependant. Certains auteurs, se fondant sur les termes généraux de l'article 14, ont décidé que le droit conféré par cet article est un droit absolu. D'après eux, subordonner l'inhumation à l'autorisation préalable du maire, c'est modifier complètement l'article 14, qui n'ajoute aucune condition à la faculté qu'il accorde, c'est atteindre le respect dû aux droits de la propriété privée qui ne peuvent être entravés dans leur manifestation que si on en fait un

(1) Merlin, Répertoire, v° Sépulture, n° 8. — C. de Montpellier, 18 mai 1858. Contizon. D. P. 59. 2. 181.

usage contraire à l'ordre public, prohibé par les lois ou les règlements (art. 542 C. civ.). Enfin, disent-ils, un droit dont on ne peut user qu'avec la permission de l'autorité n'est plus un droit ; la loi tout au moins aurait dû formellement s'expliquer à ce sujet et dire, par exemple : « L'administration *pourra*, sur la demande des particuliers, autoriser l'inhumation dans une propriété privée (1) ».

Une telle doctrine, si elle peut, en théorie, trouver des défenseurs, ne saurait être soutenue en présence des difficultés de la pratique. Comment la loi qui règle avec tant de précision les mesures à prendre lors de la translation ou de la création d'un cimetière public, aurait-elle laissé liberté complète aux particuliers lorsqu'il s'agit d'inhumation sur la propriété privée ? Comment n'aurait-elle donné à l'administration aucun pouvoir effectif ? N'était-il pas plus sage de soumettre ces lieux de sépulture non seulement à sa surveillance, mais aussi à son autorité, et de comprendre dans ce sens les larges attributions de police générale qui lui sont départies dans cette question des sépultures, aussi bien privées que publiques ? (Décret de prairial an XII, art. 16.) C'est ce que la jurisprudence a décidé à plusieurs reprises, dans des arrêts qui ne laissent aucune équivoque (2).

Ainsi donc, avant de procéder à toute inhumation sur la

(1) Vuillefroy, Principes d'administration, p. 63. — Foucart, Droit administratif, t. III, n° 1688. — De Champagny, Police municipale, t. II, p. 584. — Ballot, Du droit d'inhumation sur une propriété privée. Revue pratique, t. V, p. 136.

(2) Cassat., 14 avril 1838. Sirey, 38, 1. 449, et D. A. v° Culte, n° 827. — 11 juillet 1856. Sirey. 56. 1. 842 et D. P. 63. 5. 344. — 10 octobre, 1856. D. P. 56. 1. 431. — C. d'État, 27 décembre 1860. D. P. 61. 3. 9. — C. de Poitiers, 30 mai 1884. D. P. 84. 2. 185, et note § 2 sur cet arrêt. — Blanche, Etudes pratiques sur le Code pénal, t. V, p. 376, n° 337. — Chauveau et Faustin-Hélie' Théorie du Code pénal, 5e édit. t. IV, n° 1765, p. 477.

propriété privée, on devra en référer à l'administration et n'agir que sous sa direction. Le maire, sauf recours au préfet, réglementera les conditions de l'inhumation ou l'interdira s'il y a lieu; de cette manière il pourra empêcher les sépultures irrégulières en s'y opposant dès le principe, au lieu de n'avoir que la faculté de faire procéder à l'exhumation une fois la sépulture accomplie.

238. — Conformément aux principes connus de nous, si l'autorisation nécessaire du maire n'a pas été demandée et obtenue et que l'on effectue néanmoins l'inhumation, il y a infraction tombant sous l'application de l'article 471, § 15, du Code pénal. En réalité, pour inhumer dans la propriété privée, deux autorisations, au lieu d'une, doivent donc être sollicitées :

1° Celle dont nous venons de parler, spéciale à cet objet;

2° Le permis d'inhumer nécessaire pour toute sépulture et dont l'absence est punie par les dispositions de l'article 358 du Code pénal.

Cette sanction de l'art. 471, § 15, C. P. s'applique à tout refus, même verbal, d'autorisation d'inhumer en propriété privée; à plus forte raison s'applique-t-elle aux règlements municipaux par lesquels le maire a le droit de restreindre ou de prohiber dans une commune ce genre d'inhumations. Nous avons vu ailleurs qu'à cette sanction pénale, le tribunal de police peut, suivant nous, ajouter celle de l'exhumation à titre de réparation civile (1).

239. — Le maire peut donc interdire toute sépulture en dehors du cimetière. Nous voulons dire par là qu'il pourra prendre un règlement général contenant défense de pratiquer

(1) V. suprà, n° 228.

des inhumations ailleurs que dans le cimetière public ; mais ce règlement général ne le liera point pour l'avenir et ne saurait être la base obligatoire de ses décisions particulières. Tout au contraire, le maire ne pourrait point renoncer ainsi d'avance à l'examen des circonstances qui varieront suivant les diverses demandes d'autorisation.

Qu'arriverait-il au cas où une inhumation aurait été faite sur un terrain privé, alors qu'il n'existe aucune défense générale de la part du maire au sujet de ce mode de sépulture, et que le permis d'inhumer a été délivré purement et simplement, sans mention du lieu où doit se faire l'inhumation ? Aucun texte formel ne prescrivant de demander l'autorisation préalable pour pratiquer l'inhumation, il serait difficile de la considérer comme irrégulière, car en matière criminelle il faut s'appuyer sur un texte pour dresser contravention. Ce cas se présentera bien rarement : habituellement, en effet, l'autorisation préalable sera toujours demandée.

240. — Nous avons fait remarquer plus haut que souvent ce sera une sépulture de famille qui s'établira de la sorte. La question se pose de savoir si, au décès de chacun des membres, une autorisation d'inhumer sera nécessaire, ou si le maire ne pourrait pas à l'origine donner une autorisation générale suffisante. En faveur de cette dernière opinion, on pourrait dire que l'arrêté que prendrait le maire n'engagerait pas définitivement l'avenir, et que cet officier public serait encore libre de le rapporter si les circonstances venaient à l'exiger. Le conseil d'Etat toutefois a jugé autrement (1). Il a pensé qu'aux différentes époques où les inhumations auraient lieu, les choses ne se trouveraient peut-être plus dans les

(1) C. d'Etat, 27 décembre 1860. D. P. 61. 3. 9.

conditions où elles étaient lors de l'autorisation, et que des obstacles pourraient alors se présenter qui n'existaient pas antérieurement. De ce que les lieux de sépulture sont soumis à l'autorité, police et surveillance de l'administration, il a conclu justement que celle-ci n'était obligée de donner l'autorisation d'inhumer qu'en connaissance de cause, au jour où l'inhumation doit avoir lieu.

En vertu des mêmes principes, le maire ne pourrait point, par voie d'autorisation générale, permettre d'inhumer dans une propriété tous les propriétaires ou possesseurs indivis du terrain ; ce serait favoriser implicitement la création de véritables cimetières en dehors de celui de la commune.

241. — Cette règle trouve encore son application à propos des congrégations religieuses autorisées. Le conseil d'Etat avait d'abord admis qu'elles pouvaient ouvrir un cimetière particulier moyennant l'autorisation du gouvernement (1). Abandonnant ensuite sa première jurisprudence, il a décidé que ces cimetières spéciaux étaient contraires au décret du 23 prairial an XII, et l'administration a adopté cette interprétation (2). Une congrégation ne pourrait donc pas se fonder sur l'article 14 pour obtenir l'établissement d'un cimetière privé sur un terrain lui appartenant. Une décision ministérielle du 1er octobre 1851 porte cependant que la congrégation peut, au fur et à mesure des décès, recevoir du maire l'autorisation d'inhumer dans un même terrain réservé présentant les conditions légales ordinaires (3).

(1) C. d'Etat, avis du 4 juillet 1832. — Vuillefroy, Principes d'administr., p. 64.

(2) Bulletin du Ministère de l'Intérieur, 1860, p. 431, et 1864, p. 319. — C. d'Etat, 28 juin 1882. Revue générale d'administr., 1882, t. II, p. 461.

(3) Journal de Droit administratif, t. V, p. 126 ; t. IX, p. 603.

242. — L'autorisation de procéder à une inhumation sur une propriété privée est donnée par le maire, en vertu de son pouvoir discrétionnaire de police. Il en appréciera souverainement l'opportunité : sa décision ne sera attaquable que si elle est entachée d'excès de pouvoir, par exemple si son refus d'autorisation se fondait sur des motifs étrangers à la question d'intérêt général qui est en jeu (1). Observons encore ici que la voie gracieuse reste toujours ouverte au réclamant.

ARTICLE II.

Des sépultures dans les édifices consacrés au culte et les hôpitaux.

243. Principe posé par l'article 1er du décret de prairial.
244. Exceptions à ce principe. En faveur de quelles personnes et par qui octroyées ?
245. Il ne s'applique qu'aux inhumations de date récente.
246. Cas d'un legs fait à un établissement hospitalier sous la condition d'inhumation dans la chapelle de cet établissement. Question d'interprétation de volonté.
247. Inscriptions et signes commémoratifs.
248. Cimetières des hospices.

243. — L'art. 1er du décret du 23 prairial de l'an XII décide qu'« aucune inhumation n'aura lieu dans les églises, temples, synagogues, hôpitaux, chapelles publiques, et généralement dans aucun des édifices clos et fermés où les citoyens se réunissent pour l'exercice du culte ».

Cette disposition reproduit et accentue la tenue de la déclaration du 10 mars 1776, portant qu'« aucune personne ecclésiastique ou laïque, de quelque qualité, état et dignité qu'elle puisse être », ne sera enterrée dans les églises, « sous

(1) Dufour, Droit administratif, t. I, p. 628.

quelque cause que ce soit ». La déclaration dont nous parlons faisait toutefois exception en faveur « des archevêques, vêques, curés, patrons des églises, hauts justiciers ou ıondateurs de chapelles» : exception plus stricte, à vrai dire, que celle contenue dans l'arrêt du parlement de Paris du 21 mai 1765, qui autorisait l'inhumation dans les églises, à la condition de verser deux mille livres à la fabrique.

244.— Aucune exception de ce genre ne se trouve consignée dans le décret de prairial. La pratique administrative néanmoins admet que la règle formulée par lui n'est pas inflexible. On pourra donc, dans certaines circonstances, procéder à l'inhumation dans une église. En fait, l'administration sera juge de l'opportunité de l'autorisation et des conditions à déterminer. Une circulaire du 12 avril 1819 consacre cette tolérance, qui sera octroyée, dit-elle, « par le Roi, sur le rapport du ministre des cultes » (1). Mentionnons que les archevêques et évêques sont habituellement enterrés dans leur cathédrale ou l'église qu'ils désignent, en vertu d'une autorisation donnée par le chef de l'Etat après leur décès. Il en sera de même parfois des curés et de quelques personnages éminents. C'est ainsi que, sous la Restauration, les cendres de Pothier furent transférées dans l'église Sainte-Croix d'Orléans (2). Rappelons en outre les affectations spéciales de la basilique de Saint-Denys, de la chapelle de Dreux, de l'église de l'Hôtel des Invalides, du Panthéon (3).

(1) C. d'État, 8 août 1873. D. P. 74. 3. 44.

(2) Le ministre des cultes faisait connaître au conseil d'Etat, le 8 août 1873, qu'on a retrouvé dans les archives de son administration 98 décisions de ce genre, datant de tous les régimes, relevé qui est évidemment incomplet. (D. P. 74. 3. 44.)

(3) Nous n'avons pas à dire à la suite de quelles circonstances récentes, cet édifice, jusqu'alors consacré au culte, a été dépouillé de son caractère religieux par le décret du 26 mai 1885.

245. — On s'est posé la question de savoir si, afin de se conformer strictement aux prescriptions du décret de prairial, les restes des personnes mortes depuis longtemps et inhumées dans les églises devraient en être retirés pour être transportés dans les cimetières. Il a été décidé que l'intérêt de la salubrité publique n'étant plus en jeu, cette mesure était inutile, et que la translation n'aurait lieu que sur la demande des familles. Au cas où elle serait reconnue nécessaire, l'administration aurait naturellement le droit d'y faire procéder (1).

246. — Il peut arriver qu'un testateur ait fait de son inhumation dans la chapelle d'un hôpital, la condition d'un legs en faveur de cet établissement (2). La nature de cette condition devra être soigneusement examinée. Résulte-t-il des termes mêmes du testament que cette clause est formelle, rigoureuse, que le sort de la libéralité y est absolument subordonné : le legs est caduc par application de l'art. 1er du décret de prairial. Mais si la condition n'exprime en réalité qu'un simple vœu, si les termes dans lesquels elle est énoncée n'ont pour but que de stimuler le zèle de l'établissement légataire à solliciter plus activement du gouvernement l'autorisation d'inhumer, on appliquera l'art. 900 du Code civil, qui dit que « dans toute disposition testamentaire ou entre-vifs les conditions contraires à la loi doivent être réputées non écrites », et l'inefficacité de la libéralité ne sera point déclarée. Toute la question se résumera donc dans l'exacte appréciation de la clause du testament par les tribunaux, juges

(1) Avis du conseil d'Etat, 31 mars 1811. D. A. v° Culte, n° 764.

(2) Trib. de Castel-Sarrasin, 7 mai 1869. Fieuzac c. hospice de Moissac. D. P. 70. 3. 26.

souverains sur ce point de fait qui échappe au contrôle de la Cour de cassation (1).

247. — Quant aux inscriptions funéraires, cénotaphes et autres signes commémoratifs à placer dans les églises, ils ne seront établis que sur la proposition de l'évêque diocésain et la permission du ministre (2).

Ceux à placer dans les hôpitaux le seront sur l'autorisation du maire, qui prendra l'avis des administrateurs. Il ne faudrait pas en déduire pour lui le droit d'autoriser les inhumations dans l'intérieur de ces établissements, car ce serait détourner de son vrai sens l'article 13 du décret de prairial que nous rapportons : « Les maires pourront également, sur l'avis des administrateurs des hôpitaux, permettre que l'on construise dans l'enceinte de ces hôpitaux les monuments pour les fondateurs et bienfaiteurs, lorsqu'ils en auront exposé le désir dans leurs actes de donation, de fondation ou de dernière volonté ».

248. — Ce que nous venons de dire au sujet de l'interdiction de procéder aux inhumations dans l'intérieur d'un hospice, ne doit point s'entendre évidemment des cimetières attenant à ces établissements. Contrairement en effet à ce que nous avons vu précédemment pour les congrégations religieuses, les hospices peuvent être autorisés à créer des cimetières spéciaux. Point n'est besoin pour cela d'invoquer l'article 14 du décret de prairial, qui ne trouverait pas là d'ailleurs son application (3). L'autorisation émane directement du gouvernement ; le cimetière est établi aux conditions gé-

(1) Cassat. 7 juillet 1868. Bourlier, D. P. 68. 1. 446.
(2) Décret du 30 mars 1809, art. 72.
(3) Cf. Revue générale d'administr., 1882, t. II, p. 461.

nérales ordinaires, et des concessions peuvent y être délivrées suivant les règles habituelles (1).

(1) Décisions du ministre de l'intérieur des 23 janvier et 24 décembre 1880, et du 22 février 1881.

CHAPITRE VII.

DE LA VIOLATION DE SÉPULTURE.

249. Caractère accessoire du délit sous l'ancienne jurisprudence.
250. Innovation du Code pénal.

249. — L'ensemble des arrêts rendus par les parlements au sujet de la matière qui nous occupe dans le présent chapitre, n'offre rien de très fixe. D'après les documents que nous fournit la dernière époque, la violation de sépulture apparaît plutôt comme une circonstance aggravante d'autres délits, que comme un délit spécial. Ce point de vue, qui semble étrange, s'impose notamment quand on se reporte à ce qu'en dit Jousse (1), qui cependant résume ce que l'on peut considérer comme l'état définitif de l'ancienne jurisprudence.

Il constate que le « violement des sépulcres » se commet de plusieurs manières: 1° en déterrant les cadavres, ou les tirant des tombeaux pour en faire des anatomies; 2° en les dépouillant de leurs vêtements pour les voler; 3° en détruisant les tombeaux ou leurs épitaphes et ornements; 4° en empêchant qu'une personne morte ne soit enterrée; 5° en frappant, blessant ou coupant quelque membre d'un corps mort.

Si l'un de ces actes est accompli dans une église ou dans un cimetière, il y a sacrilège, ce qui entraîne la peine de mort ou les galères. On remarquera qu'alors c'est bien le sacri-

(1) Jousse, Traité de la justice criminelle, t. III, p. 666.

lège et non point un délit spécial qui est puni. Si, en dehors du lieu consacré, le violateur a eu le vol pour mobile, il sera atteint comme voleur, et la peine sera aggravée si le crime a eu pour auteurs des fossoyeurs ou autres personnes chargées d'enterrer les morts. C'est donc encore le voleur que l'on poursuit avant tout.

Peut-être est-il possible d'expliquer cette absence de législation spéciale aux violations de sépultures par ce fait qu'elles constituaient en règle générale un sacrilège, toute inhumation étant effectuée en lieu saint, et que les peines du sacrilège figuraient parmi les plus sévères. Il ne faudrait pas toutefois pousser cette idée trop loin, car les décisions qui nous sont connues montrent qu'en certains cas on se départissait singulièrement de la sévérité que semblaient imposer la lettre et l'esprit de la loi. Ainsi Dareau nous rapporte que des fossoyeurs ont été condamnés, « les uns au blâme, d'autres au bannissement, d'autres enfin aux galères, pour violement de sépulcres » (1). Le 10 septembre 1752, un fossoyeur à Paris est condamné au carcan avec ces mots: *voleur de suaire*, à la flétrissure et aux galères pour trois ans, parce qu'il avait dépouillé des cadavres de leurs suaires, tandis que le 12 juillet 1683 un autre avait été simplement admonesté et condamné à l'aumône. Il est vrai que ce dernier avait déterré le cadavre pour le vendre à un chirurgien, et que l'indulgence des juges semblait se manifester particulièrement quand l'intérêt de la science était invoqué comme une circonstance atténuante du crime. On trouve enfin, dans tous les recueils du temps, un arrêt curieux rendu contre des religieux qui avaient exhumé les corps des seigneurs de Créqui pour s'ap-

(1) Dareau, Traité des injures, chap. I, sect. 3 *in fine*, t. I, p. 211.

proprier les plombs où ils étaient enfermés, et furent condamnés à des peines diverses (1).

250. — Le Code pénal fit pour la première fois de la violation de sépulture un délit spécial. Le Conseil des Cinq-Cents avait élaboré sur la matière un projet qui n'aboutit pas. Cette innovation s'imposait, la législation sur le sacrilège ayant été abolie pendant la période révolutionnaire. L'article 360 s'exprime ainsi : « Sera puni d'un emprisonnement de trois mois à un an et de 16 à 200 francs d'amende quiconque se sera rendu coupable de violation de tombeaux et de sépultures, sans préjudice des peines contre les crimes ou délits qui se seraient joints à celui-ci ». C'est autour de ce texte que s'est formée une doctrine dont nous devons examiner les points principaux. Nous en louerons le plus grand nombre, nous hasardant à en critiquer quelques-uns.

ARTICLE I.

Etendue de la répression.

251. Interprétation extensive des termes « tombeaux » et « sépultures » de l'article 360 C. pén.
252. Concours de plusieurs crimes ou délits.
253. Réparation civile.

251. — Qu'entendre par ces mots « tombeaux et sépultures » ? La loi, en accolant ces deux expressions qui semblent au premier abord constituer un pléonasme, a bien manifesté son intention de donner à la répression du délit l'application la plus large, et d'étendre le plus possible le cercle de l'article 360.

(1) Cf. notamment Denisart, v° Sépulture.

On en a conclu, avec raison suivant nous, qu'il y a délit non seulement quand l'outrage s'adresse au défunt sur lequel la tombe s'est refermée, mais encore quand il s'attaque au cercueil, soit pendant, soit même avant la cérémonie de l'inhumation. On pourrait peut-être même dire que c'est à ces faits que l'article 360 a fait allusion en ajoutant le mot de « sépultures ». C'est ainsi que la cour de Bordeaux (1), ayant condamné un individu coupable d'avoir lancé des pierres sur un cercueil au moment où il était descendu dans la fosse, MM. Chauveau et Faustin-Hélie approuvent cette décision et ajoutent : « Il nous est impossible d'adopter un autre avis. L'article 360 ne parle, à la vérité, que de la violation des tombeaux ou sépultures ; mais ces mots doivent s'appliquer aux restes de l'homme dès qu'ils ont été enfermés dans le cercueil. C'est à ce moment que l'inhumation commence, que le corps reçoit sa consécration. Il est préparé pour la sépulture, il doit participer à la protection qui la défend des outrages (2) ». La cour de Rennes n'a pas jugé différemment en punissant un individu qui avait outragé les restes du défunt pendant les funérailles (3).

On a même été beaucoup plus loin, et nous ne saurions critiquer cette opinion dans laquelle l'extension est poussée à un point extrême : la pensée du législateur paraît tellement certaine qu'il est permis, semble-t-il, de forcer le sens naturel des mots. Il a été décidé que l'article 360 devrait s'appliquer même au cas où l'outrage aurait été commis avant qu'on n'enfermât le cadavre dans le cercueil. Il s'agissait, dans l'espèce, d'une personne qui, préposée la nuit à la garde d'un

(1) C. de Bordeaux, 9 décembre 1830. Escurignan. Sirey. 31. 2. 263.
(2) Chauveau et Faustin-Hélie, Théorie du Code pénal, n° 1772, t. IV, p. 483.
(3) C. de Rennes, 18 janvier 1878. Ménard. D. P. 79. 2. 18.

corps, avait commis divers actes de profanation. « La loi, suivant cette décision, en punissant les violations de tombeaux ou sépultures, a voulu protéger et faire respecter les restes des morts..... et il y a lieu de considérer comme une sépulture le lit qui renferme une dépouille mortelle, alors surtout que le corps est enseveli dans les linges qui doivent à tout jamais le couvrir, et que le christ placé en évidence sur la poitrine du défunt et la lumière des flambeaux indiquent un commencement de cérémonie funèbre, et commandent le respect de la mort » (1).

252. — Lorsqu'au délit de violation de sépulture se sera joint un autre crime ou délit, tel que le vol, l'injure ou l'outrage à la morale, les deux peines devront-elles se cumuler ou être appliquées distinctement? La rédaction des derniers termes de l'article 360 permet d'hésiter sur ce point, et de se demander s'il faut y voir une exception à la règle admise en droit pénal qui veut qu'au cas de concours de plusieurs délits ou crimes, la peine la plus forte soit seule prononcée. Cette règle est connue sous le nom de principe du non-cumul, et contenue dans l'article 365 du Code d'instr. crim. Les principaux criminalistes estiment que la disposition de l'article 360 n'est pas assez précise pour qu'on puisse déroger au principe. Elle ne fait, croient-ils, que répéter la teneur des dispositions analogues des deux articles précédents, et doit avoir sans doute la même valeur et le même sens. La forme cependant diffère un peu : car, tandis que l'article 359, pour le cas où le cadavre d'une personne homicidée aurait été recélé ou caché, établit que les peines qu'il prononce seront appliquées « sans préjudice des peines plus graves », s'il y a lieu, l'article 360

(1) C. de Paris 8 juillet 1875. Lenne. D. P. 76. 2. 113.

déclare que la peine édictée par lui sera prononcée, « sans préjudice des peines contre les crimes ou délits qui seraient joints à celui-ci ». On peut soutenir que cette rédaction révèle bien une certaine accentuation de la part du législateur; elle ne nous paraît cependant pas assez formelle pour qu'on puisse reconnaître là une dérogation au principe du non-cumul, telle que, par exemple, celle clairement manifestée dans l'article 245 du Code pénal. Il faut donc se borner à conclure que la loi n'a voulu énoncer « qu'une réserve pour la poursuite d'un délit plus grave » (1).

253. — En outre de la sanction pénale, la violation de sépulture peut donner lieu à une action civile et aboutir à une condamnation de dommages-intérêts prononcée contre le coupable. Il va sans dire que la connaissance de cette action appartient aux tribunaux judiciaires suivant les règles du droit commun. Elle peut donc être formée accessoirement à l'action publique ou par voie principale devant les tribunaux civils (2).

ARTICLE II

Matière du délit.

254. Division.

254. — Quant aux actes qu'il faut considérer comme constituant une violation de sépulture, nous allons grouper sous deux chefs ceux qu'admet la jurisprudence. Les uns en effet impliquent, de la part de l'auteur, l'intention d'outrager le mort; les autres sont exclusifs de cette intention.

(1) Chauveau et Faustin-Hélie, Code pénal, t. IV, p. 485. — Blanche, Etudes pratiques sur le Code pénal, t. V, p. 334, n° 350. — Le Sellyer, Traité de la criminalité, de la pénalité et de la responsabilité, n° 287, t. I, 2e édit., p. 406.

(2) C. de Poitiers, 11 août 1873. Boutelau c. Maurin. D. P. 74. 2. 206.

§ I. — *Intention d'outrage.*

255. Enumération non limitative des actes constituant le délit.
256. Pour qu'il existe, une voie de fait est nécessaire.

255. — Parmi les actes comportant une intention d'outrage, nous avons déjà cité le fait de jeter des pierres contre le cercueil, les imprécations lancées contre le mort sur le bord de la tombe, le fait de briser un christ placé sur sa poitrine. Ajoutons-y *à fortiori* l'action d'ouvrir la tombe, soit pour disperser les restes, ou les outrager, soit pour commettre un vol. Il faut mentionner encore le cas où celui qui déterre le cadavre agit en vue de le vendre.

La cour de Rennes a condamné un individu qui, en état d'ivresse, avait versé du vin et jeté du pain sur un cercueil en proférant des blasphèmes au moment de l'inhumation (1). Il est à remarquer que dans cette affaire la Cour refusa d'appliquer l'article 262 du Code pénal, bien que, suivant le ministère public, il y eût outrage par paroles et par gestes envers les objets d'un culte dans un lieu destiné à son exercice. Cette manière de voir nous paraît conforme à la pensée et à l'expression du législateur. C'était au mort en effet que s'adressait directement l'outrage. Ajoutons qu'aujourd'hui le doute ne serait plus possible depuis la neutralité complète des cimetières. On ne pourrait plus dire de l'outrage qu'il a été commis dans un lieu destiné à l'exercice du culte.

Il faut aussi considérer comme acte outrageant, tombant sous l'article 360, le fait de l'individu qui a arraché volontairement et dans une intention malveillante une croix ou des

(1) C. de Rennes, 16 janvier 1878. D. P. 79. 2. 18.

fleurs plantées sur une tombe (1). Peu importe, du reste, que l'outrage vise le défunt ou ses héritiers : il suffit qu'il existe et s'exerce sur la sépulture.

Un arrêt de la Cour de cassation a confirmé la condamnation qui atteignait une personne coupable d'avoir frappé la tombe avec un bâton en se servant d'interpellations injurieuses pour la mémoire de ceux qui y étaient déposés (2).

256. — Mais il ne faudrait pas aller plus loin, semble-t-il ; et on ne saurait voir une violation de sépulture dans des paroles outrageantes que n'accompagneraient pas des voies de fait. La loi, disent certains auteurs, ne punit l'outrage qu'autant qu'il se manifeste par des gestes ou des actions ; l'article 360 ne serait donc pas applicable à de simples paroles, même prononcées dans un cimetière. Cette formule nous paraît manquer de précision : on devrait en effet commencer par dire ce qu'il faut entendre par gestes. Quand seront-ils assez graves pour que, joints à la parole, ils constituent un délit? Aussi préférons-nous exiger une voie de fait exercée sur le lieu de la sépulture, si légère que soit cette voie de fait. Ainsi, tout en reconnaissant que l'action de montrer le poing à une tombe est blâmable à tous égards, nous ne pourrions admettre qu'elle soit passible de l'application de l'article 360 (3).

(1) C. de Caen, 25 novembre 1868. Clain. D. P. 71. 2. 150.
(2) Cassat. 22 août 1839. Hermonnet. Sirey. 39. 1. 928.
(3) Chauveau et Faustin-Hélie, n° 1599. — Morin, Dictionnaire de Droit criminel, v° Sépulture.

§ II. — *Absence d'intention outrageante.*

257. La pensée injurieuse est nécessaire pour caractériser le délit. Opinion contraire de la Cour de cassation.
258. Application de ce principe.

257. — Nous venons de faire l'examen du cas où l'acte incriminé est accompagné d'une pensée outrageante pour la mémoire du mort ou pour son héritier ou pour quelqu'un de ses proches. Cette condition est-elle essentielle?

La Cour de cassation a répondu négativement (1); et rien ne peut mieux faire comprendre les critiques que nous adressons au principe proclamé par elle que les circonstances qui caractérisaient l'affaire. Il s'agissait d'un bandit corse tué dans une rencontre avec la force publique et qui avait été enterré sur place. Ses proches et ses amis exhumèrent son cadavre, lui firent rendre les honneurs religieux et le déposèrent dans le cimetière commun: on releva contre eux le délit de violation de sépulture. La loi, dit la Cour suprême, ne distingue pas: elle n'admet pour excuse ni l'intention ni le but qui auraient fait agir les auteurs d'une exhumation non autorisée. Il résulte de l'article 360 que quiconque procède à l'ouverture d'un tombeau et à l'exhumation du corps qu'il contient, sans y avoir été autorisé par l'autorité locale, conformément à l'article 17 du décret du 23 prairial an XII, commet le délit de violation de tombeau ou de sépulture.

Nous répondrons que l'article 360 ne parle point de l'exhumation sans autorisation, mais qu'il frappe uniquement le

(1) Cassat. 10 avril 1845. Graziani. D. P. 45. 1. 252.

délit de violation de sépulture. Or les antécédents de l'article, les travaux préparatoires montrent que le seul but du législateur a été d'assurer le respect dû aux morts, et de réprimer les outrages adressés à leurs dépouilles. On a fait observer que l'article 360 atteindrait bien celui qui, sans pensée de vengeance ou de lucre, mais pour faire des études anatomiques, ouvrirait une tombe. Nous ne le contestons pas ; mais il ne s'agit pas en ce cas d'une simple exhumation sans autorisation ayant pour but de déplacer le cadavre dans une intention pieuse, ou de lui faire rendre les honneurs funèbres. Autre chose est la violation de sépulture qui constitue le délit de l'article 360 et implique une conduite irrespectueuse à l'égard du défunt, autre chose est l'exhumation sans autorisation, qui n'est qu'une infraction à des règlements de police édictés avant tout dans un but d'hygiène et d'ordre public, et fournissant uniquement la matière d'une simple contravention punie de peines que nous avons examinées (1).

Le système que nous critiquons tendrait donc à établir une confusion regrettable entre ces deux ordres d'idées. C'est ce qui est résulté d'ailleurs d'un arrêt qui a décidé qu'un maire procédant irrégulièrement à une exhumation peut être considéré comme ayant commis un délit. Le maire, dans l'espèce, avait, après l'expiration du délai de cinq ans, fait ouvrir une tombe sans prendre au préalable un arrêté spécial notifié aux intéressés. Ayant rencontré dans cette tombe des cercueils de plomb, il avait ordonné de les découvrir et fait verser leur contenu au fond de la fosse, sans égards aucuns pour les dépouilles mortelles. Poursuivi à raison de ces actes, il fut condamné. La Cour de cassation confirma cette déci-

(1) V. suprà, n° 227.

sion par un arrêt ainsi motivé: « L'article 6 du décret du 23 prairial an XII n'autorise ni explicitement ni implicitement l'exhumation de plein droit comme conséquence de la faculté d'ouvrir d'anciennes fosses pour de nouvelles sépultures. Si, pour des causes légales, l'autorité municipale croit devoir déroger à l'inviolabilité des sépultures, elle ne le peut que par un arrêté spécial pris en vertu des articles 16 et 17 du décret du 23 prairial an XII, et 11, § 1, de la loi du 18 juillet 1837, arrêté qui doit être notifié administrativement à la personne connue pour y avoir intérêt. On ne saurait reconnaître à l'autorité municipale le pouvoir, exercé arbitrairement et sans contrôle après cinq ans, de fouiller toutes les sépultures, d'enlever les cercueils et les autres objets conservés: ce serait là une grave atteinte à la morale publique, aux intérêts, aux sentiments les plus respectables des familles » (1).

Nous ne critiquons point la solution de cet arrêt, mais nous faisons observer que son objet doit être considéré sous un double aspect qui semble avoir été confondu. Deux faits sont visés en effet dans l'espèce. Il y a d'une part celui d'avoir agi en dehors des formes légales requises; or ce n'est évidemment là qu'une contravention aux lois sur les inhumations et exhumations. Il y a, d'autre part, le caractère particulièrement injurieux donné à l'exhumation; et voilà la matière du délit. Si l'exhumation est pratiquée dans des conditions telles qu'il faille y voir une sorte d'outrage au défunt, si les mesures de décence sont à ce point négligées qu'il en résulte une injure au cadavre, le maire, tout aussi bien qu'une autre personne, est passible de l'application de l'article 360.

258. — La question de violation de sépulture s'est présen-

(1) Cassat. 3 octobre 1862. Chapuy. D. P. 62. 1. 447; et, après renvoi: C. d'Angers, 18 novembre 1862. D. P. 63. 2. 31.

tée devant la cour de Nîmes dans des circonstances toutes spéciales, que nous relevons, l'arrêt intervenu à cette occasion confirmant ce que nous venons de dire précédemment. Un individu, ayant perdu sa femme et désireux de garder auprès de lui quelque chose de celle-ci, fut autorisé par le maire à ouvrir sa tombe et à prendre son crâne. Il n'y avait évidemment rien que de correct dans cette manière d'agir : on n'eût pu que blâmer le maire d'avoir donné son autorisation dans le cas particulier. Plus tard, cet individu s'étant remarié, sa seconde femme, peu soucieuse de conserver la lugubre relique, le déclara à son mari, qui rapporta clandestinement la tête au cimetière, et la déposa à la surface du sol. Il fut poursuivi pour violation de sépulture ; mais la Cour l'acquitta en disant que « si la restitution d'une partie des os de la femme avait été faite d'une manière qui ne saurait être approuvée, on ne pouvait cependant voir dans la conduite du prévenu rien qui ressemble à une profanation ou violation de tombeau ou sépulture, quelque extension qu'on donne d'ailleurs au texte de la loi invoquée (1) ».

Cette décision avait un double mérite : d'une part, elle était exacte au fond, l'acte reproché au prévenu ne tombant sous le coup d'aucune disposition pénale, quelque regrettable qu'il fût ; d'autre part, le motif visé par l'arrêt nous paraît le seul conforme à l'esprit de l'article 360, tel que nous l'avons exposé.

A plus forte raison ne déclarerions-nous pas soumis aux peines prononcées par cet article un fossoyeur qui n'aurait pas donné aux fosses les dimensions prescrites par l'article 4 du décret du 23 prairial an XII (2). Il y aurait lieu tout au

(1) C. de Nîmes, 6 juillet 1878. Sabde. D. P. 79. 2. 247.
(2) Cassat. 21 décembre 1827. Sirey. Collect. nouv. 8, 727.

plus à appliquer l'art. 471, § 15, du Code pénal pour infraction aux règlements de l'autorité administrative.

Ce qu'il importe donc de mettre en lumière, c'est que la pensée outrageante est nécessaire pour constituer le délit.

APPENDICE

DE LA CRÉMATION.

259. Historique.
260. Légalité.
261. Discussion des arguments en sa faveur.
262. Conclusion.

259. — Bien que les pages précédentes n'aient uniquement trait qu'à la sépulture par inhumation proprement dite, il convient cependant de dire quelques mots rapides sur un sujet plein d'actualité : nous voulons parler de la crémation, qui compte aujourd'hui en Europe de nombreux partisans (1). Ce fut sous le Directoire que la pensée de brûler les morts apparut pour la première fois. Un projet de loi dans ce sens fut soumis le 21 brumaire an V au Conseil des Cinq-Cents ; mais il n'aboutit pas. A vrai dire, sur cette question les préoccupations hygiéniques tenaient moins de place que le souci de reproduire les scènes de l'antiquité, ainsi qu'il est facile de s'en convaincre en lisant le curieux rapport présenté, deux ans plus tard, par le citoyen Cambry à l'Administration centrale du département de la Seine. Un projet d'arrêté fut adopté par celle-ci le 14 floréal an VII. A la date du 5 ventôse an VIII, le ministre de l'intérieur chargea l'Institut, au nom du gouvernement, d'ouvrir un concours sur le sujet

(1) Pietra-Santa et de Nansouty : *La crémation, sa raison d'être, son historique, les appareils actuellement mis en usage pour la réaliser.* Paris, 1881.

suivant : « Quelles sont les cérémonies à faire pour les funérailles, et le règlement à adopter pour la sépulture ? » Deux mémoires sur l'incinération furent couronnés dans la séance du 14 vendémiaire an IX. Au 18 Brumaire, les tentatives d'innovation sur ce point disparurent ; mais l'idée, une fois émise, fit son chemin.

Elle fut particulièrement discutée par l'Académie des sciences de Berlin le 29 novembre 1849. Depuis lors, pour la soutenir, des sociétés se sont formées, et quelques essais d'application ont été tentés (1). On sait enfin qu'à la suite de nombreuses et vives délibérations le conseil municipal de Paris a voté, naguère, l'érection d'un temple crématoire. Sans rechercher les motifs de cette décision, il importe de généraliser la question et d'en discuter brièvement le côté légal.

260. — Un point d'abord qui paraît hors de toute contestation, est que la crémation ne doit être possible que le jour où une loi l'aura autorisée. On dit vainement que tout ce qui n'est pas défendu est permis, et qu'aucune loi ne prohibe la pratique de l'incinération. C'est en se fondant sur cet argument que la Société pour la propagation de la crémation, dans sa récente assemblée générale tenue le 17 janvier 1886, a décidé « qu'elle renonçait pour l'instant à solliciter du Parlement une loi sur la crémation facultative ». Sans doute, tout ce qui n'est pas défendu est permis ; mais d'autre part il n'est pas nécessaire, pour qu'une chose soit interdite, qu'on doive exhiber le texte qui la défend ; à côté des prohibitions émanées de la loi, il y a celles qui résultent des mœurs et des

(1) A Dresde, le 10 octobre 1875, et, trois mois plus tard, à Milan, où le baron Keller laissa à la ville un legs important pour la construction d'un monument funéraire destiné à la crémation, sous la seule condition que son corps y serait l'objet de la première expérience.

traditions nationales. Or nous avons maintes fois observé, au cours de cette étude, que son objet est réglé presque uniquement par ce que les arrêts de la Cour de cassation appellent « les mœurs et les convenances ». Si donc la coutume a quelque force (et elle n'a été abrogée qu'en ce qui concerne seulement les matières réglementées par les Codes), elle tranche sur ce point très nettement la question. On a fait aussi remarquer avec raison que le décret du 23 prairial an XII, les articles 77 et suivants du Code civil et l'article 358 du Code pénal admettent implicitement un mode unique de sépulture, l'inhumation. Pour ces raisons la lettre du ministre de l'intérieur au préfet de la Seine en 1881 (1) nous paraît être l'expression du droit actuel, quand elle déclare « qu'une loi nouvelle serait nécessaire pour modifier les dispositions législatives en vigueur et permettre la mise en pratique de la crémation, même à titre d'essai (2) ».

Ces principes qui nous paraissent incontestables ont trouvé tout récemment échec devant la Chambre des Députés. Celle-ci, lors de la 2e délibération sur le projet de loi relatif à la

(1) Lettre à propos d'une délibération du conseil municipal de Paris du 7 août 1879 décidant l'ouverture d'un concours sur « le meilleur mode de crémation ».

(2) En *Belgique*, le ministre de l'intérieur, consulté sur la question de savoir si les conseils communaux peuvent faire des règlements de police permettant et organisant la crémation facultative, a fait connaître aux gouverneurs de provinces que la législation actuelle ne l'autorise point. « Le décret du 23 prairial ne prévoit que l'inhumation, et l'incinération n'est réglementée par aucun texte en vigueur..... » (Revue générale d'administration, 1882, t. II, p. 356.)

En *Angleterre*, la crémation est tolérée en fait, mais le gouvernement s'oppose à ce que la loi l'autorise en la réglementant. Une proposition dans ce sens du Dr Cameron a été rejetée en seconde lecture à la Chambre des Communes, le 30 avril 1884. (Rev. gén. d'administ. 1884, t. II, p. 217.)

A *Hambourg*, la Bourgeoisie (Chambre élective), sur la proposition du Dr Gischen, a conclu à l'adoption de la crémation facultative et prié le Sénat de ratifier cette décision. (Rev. gén. d'adm. 1884, t. II, p. 215.)

« liberté des funérailles », a adopté, contrairement du reste à l'avis de la commission, un amendement présenté par M. Blatin, tendant à trancher accessoirement cette question de la légalité de l'incinération, au lieu d'en faire l'objet d'une loi spéciale (1). Nous ne savons ce qu'il adviendra de cet amendement devant le Sénat. Quoi qu'il en soit, nous n'en maintenons pas moins intégralement la théorie que nous venons d'exposer.

261. — Reste la question de législation. Faut-il admettre la crémation à titre facultatif ? Nous ne dissimulons pas que la solution est extrêmement délicate. Les arguments sur lesquels se fondent surtout les défenseurs de l'idée nouvelle sont les suivants :

1° La crémation est le moyen le plus efficace de prévenir les inhumations précipitées ;

2° Au point de vue de l'hygiène, les vastes nécropoles qui s'étendent au milieu des grands centres ou à leurs portes constituent un danger permanent qui augmente encore dans les temps d'épidémie.

3° Ces nécropoles occupent des terrains considérables qui ont une grande valeur et qui pourraient être utilisés autrement par les vivants, ne serait-ce que pour diminuer la densité des agglomérations.

Nous écartons le dernier de ces arguments. L'adoption de la crémation ne diminuera pas sensiblement l'étendue des cimetières. La réduction du volume des cendres n'entraînera pas une modification dans les dimensions du monument funéraire. Les sépultures des pauvres se trouveraient surtout

(1) *Journal officiel*, 30 mars 1886.

atteintes ; mais, à moins de rendre la crémation obligatoire et gratuite, on n'obtiendra de ce côté aucun résultat.

Quant au second argument, nous ne croyons pas qu'en temps ordinaire le système des inhumations présente de grands dangers. S'il en était ainsi, le bon sens populaire aurait certainement, après une si longue expérience, inspiré des réclamations. Généralement, les quartiers des villes voisines des cimetières se sont point réputés moins salubres que les autres : ce qui en éloigne est bien plutôt la crainte qu'inspire l'image permanente de la mort. Nous admettrions, tout au plus, qu'on se demandât si, en cas de grave épidémie, l'autorité ne pourrait pas prescrire l'incinération des personnes atteintes. Encore faudrait-il avoir des preuves positives du danger de l'inhumation, car la crémation devrait alors être déclarée obligatoire, sans exception, pour toutes les victimes du fléau (1).

En ce qui concerne le péril des inhumations précipitées, il est incontestable que le système de la crémation permet d'y échapper, et c'est là le seul argument de vraie valeur. Mais il est permis aussi de se demander s'il ne suffirait pas de modifier certaines des pratiques qui, nous l'avons vu, sont d'usage constant en matière d'autorisation d'inhumer. Ces autorisations sont en fait de simples formalités ; ne pourrait-on pas les rendre efficaces (2) ?

(1) On comprend également la triste nécessité de l'incinération des champs de bataille, telle qu'elle fut pratiquée plusieurs fois sous le premier Empire, après les désastres de la campagne de Russie, après la bataille de Paris en 1814, et, à une date plus rapprochée, après la bataille de Sédan.

(2) Dr Bourdin. *La constatation des décès, ce qu'elle est, ce qu'elle devrait être.* Paris, 1879. — Cf. Pétition adressée au Sénat par le Docteur Planchon, de l'Académie de Médecine, et M. Grawitz, ancien pasteur, proposant divers moyens d'arriver à la constatation certaine des décès, renvoyée par le Sénat au ministre de l'intérieur, et réponse de celui-ci le 24 janvier 1885. (Rev. gén. d'adm. 1885, t. III, p. 103.)

Enfin il est un argument opposé maintes fois aux partisans de la crémation, et auxquels ils ne répondent que par des faux-fuyants. Les cadavres étant réduits en cendres, la répression d'une foule de crimes deviendra impossible, puisque la trace s'en trouvera anéantie. On répond à cela que la crémation pourrait être subordonnée à une autopsie préalable. Mais, presque toujours, cette autopsie ne sera point sérieuse. Elle ne le sera que lorsque l'on aura déjà quelque soupçon du crime au moment d'y procéder. Or, qui ne sait que la découverte du crime est souvent fort lente, et que les soupçons, d'abord communiqués tout bas, n'éclatent seulement qu'au bout d'un certain temps. Le ministère public n'en aurait habituellement connaissance qu'une fois l'œuvre de la crémation consommée.

262. — Pour tous ces motifs, nous estimons donc que la question si vivement débattue est une question oiseuse, que l'agitation à laquelle elle donne lieu est toute factice. Au fond, certains y cherchent sans doute un terrain d'opposition religieuse, et trouvent dans cette pensée un stimulant à l'ardeur de la discussion.

L'Eglise, au demeurant, ne s'est jamais élevée d'une manière formelle contre la pratique de la crémation, et ne l'a condamnée par aucune loi positive. Si la préférence qu'elle a manifestée pour l'inhumation s'est perpétuée à travers les siècles, c'est qu'elle n'a point jugé que cet usage, conforme à son origine et à ses traditions, fût de nature à troubler sa sollicitude pour la sécurité des vivants et le respect des morts.

POSITIONS.

DROIT ROMAIN.

I. La conciliation n'est pas possible entre l'opinion de Marcien (l. 6, § 5, *de rer. div.*), qui accorde le caractère religieux aux cénotaphes, et l'opinion d'Ulpien (l. 7 *eod. tit.* et l. 6, § 1, *de relig.*). La controverse ne fut tranchée que par Tribonien.

II. Il n'y a pas contradiction entre les lois 2, § 1, *de relig.* et 6, § 6, *commun. divid.*

III. La servitude *itineris ad sepulchrum* est toujours imprescriptible.

IV. Le droit au sépulcre appartient au fiduciaire comme au fidéicommissaire.

V. Le privilège des frais funéraires prime toutes autres créances, soit chirographaires, soit hypothécaires, expresses ou tacites.

VI. Il n'y a pas lieu d'assimiler les frais de dernière maladie aux frais funéraires.

VII. La violation de sépulture par un esclave est l'objet d'une poursuite criminelle directe. L'action noxale n'est pas donnée contre le maître.

VIII. L'usufruit et les servitudes ne peuvent, même dans le droit de Justinien, être constitués par pactes et stipulations.

IX. Le prodigue ne devient incapable que du jour où il a été interdit en vertu d'une sentence du magistrat.

X. Les lois 46 pr. et § 1 *de solutionibus* et 24 pr. *de pigneratitia actione* sont inconciliables, et la divergence qui existe entre elles se rattache à la controverse qui s'était élevée entre les Sabiniens et les Proculéiens, relativement aux effets de la *datio in solutum*.

XI. La fidéjussion *in duriorem causam* est nulle pour le tout.

DROIT FRANÇAIS

DROIT CIVIL.

I. Quand le *de cujus* a réglementé par avance ses funérailles sans désigner la personne chargée de veiller à leur accomplissement, nul n'a le droit d'intervenir si le parent le plus proche ne se conforme pas à ses volontés.

II. Dans le cas de conflit entre l'ascendant et le conjoint du *de cujus*, c'est ce dernier qui doit l'emporter.

III. L'engagement pris de se faire enterrer avec ou sans cérémonies religieuses ne peut produire aucun effet.

IV. Le permis d'inhumer un enfant né avant terme n'est nécessaire qu'autant que cet enfant est né viable.

V. Les frais de deuil de la femme ne sont pas garantis par le privilège des frais funéraires.

VI. Le droit du concessionnaire d'un terrain dans un cimetière est un droit *sui generis* qu'on ne peut assimiler complètement ni au droit de propriété, ni au droit de jouissance.

VII. La preuve de la filiation naturelle peut résulter de la possession d'état.

VIII. Le délai de dix ans établi par l'art. 1304, pour l'extinction des actions en nullité, constitue une véritable prescription.

IX. En cas de remploi, l'acceptation de la femme rétroagit au jour même de l'acquisition.

X. Le privilège du bailleur d'immeubles dont le bail n'a pas date certaine garantit les années échues, l'année courante et une année à échoir à partir de l'année courante.

DROIT ADMINISTRATIF.

I. Les cimetières communaux font partie du domaine privé de la commune.

II. En cas d'infraction aux prescriptions du décret du 23 prairial an XII, l'autorité judiciaire peut ordonner l'exhumation sans porter atteinte au principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire.

III. L'inhumation en terrain privé est soumise à la nécessité de l'autorisation préalable de l'administration.

IV. Dans le cas de l'établissement d'une sépulture de famille en terrain privé, l'autorisation d'inhumer est nécessaire pour chaque décès ; l'autorisation générale donnée au moment de son établissement est insuffisante.

PROCÉDURE CIVILE.

I. La revendication d'un terrain concédé est de la compétence de l'autorité judiciaire.

II. Le jugement qui statue sur la revendication du droit du concessionnaire est toujours susceptible d'appel.

III. Il y a lieu de distinguer, devant les tribunaux de commerce, le défaut faute de comparaître et le défaut faute de conclure ou de plaider.

IV. La disposition de l'art. 153 C. de Proc. civ., relative aux jugements de défaut profit joint, ne s'impose pas aux tribunaux de commerce.

DROIT PÉNAL.

I. Le ministre du culte qui a procédé à une inhumation pour laquelle l'autorisation n'avait pas été prise ne doit pas être considéré comme coupable du délit puni par l'art. 358 C. pén.

II. Au cas d'exhumation sans autorisation, il n'y a pas de délit de violation de sépulture, s'il est établi que l'auteur a agi dans une pensée pieuse, et l'article 471, § 15, est seul applicable.

III. L'article 360 C. pén. ne constitue pas une exception à la règle du non-cumul des peines.

IV. Le droit de demander la réhabilitation existe, alors même qu'il ne serait résulté de la condamnation aucune déchéance, incapacité ou interdiction.

DROIT COMMERCIAL.

I. Les tribunaux de commerce sont compétents au cas de litige entre l'adjudicataire des pompes funèbres et ses fournisseurs.

II. La déclaration préalable de faillite n'est pas nécessaire dans le cas de banqueroute pour que l'action publique soit mise en mouvement.

Vu par le Président de la Thèse,
ED. P. DUBEUGNON.

Vu par le Doyen,
LÉOPOLD THÉZARD.

Permis d'imprimer.
Poitiers, le 24 avril 1886.

Le Recteur,
A.-ED. CHAIGNET.

Les visas exigés par les règlements sont une garantie des principes et des opinions relatives à la religion, l'ordre public et aux bonnes mœurs (statuts du 9 avril 1825, art. 41), mais non des opinions purement juridiques, dont la responsabilité est laissée aux candidats.

Le candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites sur toutes les matières de l'enseignement.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

INTRODUCTION 5

CHAPITRE I.

LE DROIT A LA SÉPULTURE.

§ I. — Toute personnne peut recevoir la sépulture. 14
§ II. — Toute personne peut donner la sépulture. 18

CHAPITRE II.

DES CONDITIONS CONSTITUTIVES DU LIEU RELIGIEUX.

SECTION I. — INHUMATION RÉELLE. 20
SECTION II. — INHUMATION FAITE A PERPÉTUELLE DEMEURE. 34
SECTION III. — INHUMATION FAITE CONFORMÉMENT AU DROIT. 35
ARTICLE I. — *Inhumation faite dans un terrain appartenant au défunt*. 36
§ I. — Par l'héritier. 36
§ II. — Par toute autre personne. 39
ARTICLE II. — *Inhumation faite dans un terrain appartenant à une autre personne que le défunt*. 40

§ I. — L'auteur de l'inhumation doit être propriétaire absolu. 41
§ II. — Le propriétaire du terrain peut déléguer son droit d'inhumer. 47
§ III. — Voies ouvertes au propriétaire qui n'a pas donné son consentement pour rendre son terrain religieux. 49
SECTION IV. — INHUMATION DANS UN TERRAIN POUVANT LÉGALEMENT DEVENIR LIEU DE SÉPULTURE. 57

CHAPITRE III.

DES SANCTIONS DU DROIT DE RENDRE UN LIEU RELIGIEUX.

§ I. — Action *in factum*. 65
§ II. — Interdit *de mortuo inferendo*. 68

CHAPITRE IV.

DE L'ÉTAT JURIDIQUE DU LIEU RELIGIEUX.

ARTICLE I. — *Le « jus sepulchri » considéré en lui-même.* 74
ARTICLE II. — *Le « jus sepulchri » vis-à-vis des tiers.*. . 77
§ I. — Revendication. 78
§ II. — Vente. 80
§ III. — Servitude *Itineris ad sepulchrum*. 88
§ IV. — Stipulation. — Legs. — Gage — Servitude. — Partage. — Usucapion et prescription. . . . 91

CHAPITRE V.

DES SÉPULCRES APPARTENANT A UNE UNIVERSALITÉ.

ARTICLE I. — *Sépulcres de famille et héréditaires* . . . 96
§ I. — Sépulcre de famille. 97
§ II. — Sépulcre héréditaire. 101
ARTICLE II. — *Sépulcres communs* 104

CHAPITRE VI.

DE LA CONSTRUCTION DES TOMBEAUX.

§ I. — De l'interdit *de sepulchro ædificando*.. . . 115
§ II. — De la décoration des tombeaux 119
§ III. — De l'invention d'un trésor dans le sépulcre. 125

CHAPITRE VII.

COMMENT UN LIEU CESSE D'ÊTRE RELIGIEUX.

§ I. — Effacement provisoire du caractère religieux. 129
§ II. — Perte définitive du caractère religieux. . . 131

CHAPITRE VIII.

DES CONVOIS FUNÈBRES.

§ I. — A l'époque classique. 136
§ II. — Sous les empereurs chrétiens. 140

CHAPITRE IX.

DES FRAIS FUNÉRAIRES.

ARTICLE I. — *De l'acquittement des frais funéraires*. . 146
§ I. — Leur composition légale. 146
§ II. — A qui incombe le devoir de la sépulture du défunt 151
§ III. — Comment se règlent les frais funéraires. . 155
ARTICLE II. — *de l'action funéraire*. 159
§ I. — Sa nature. 159
§ II. — Ses conditions d'exercice. 164
§ III. — Ses applications. 170
ARTICLE III. — *Du privilège des frais funéraires* . . . 175

CHAPITRE X.

DE LA VIOLATION DE SÉPULTURE.

SECTION I. — Ce qui constitue le délit. 183

SECTION II. — Moyens de droit employés a l'époque classique pour sa réparation. 187

Article I. — *L'action est d'abord donnée au principal intéressé.* 188

§ I. — Nature 188

§ II. — Objet. 189

§ III. — Quel est le principal intéressé ? 192

§ IV. — Contre qui est donnée l'action. 195

Article II. — *A defaut de la personne directement intéressée, l'action est ouverte à tout le monde.* 198

SECTION III. — Pénalités sous les empereurs chrétiens. 204

DROIT FRANÇAIS

PREMIÈRE PARTIE

DES FUNÉRAILLES

CHAPITRE I.

DE LA RÉGLEMENTATION DES FUNÉRAILLES.

ARTICLE I. — *Le défunt a manifesté sa volonté quant à ses funérailles, mais n'a désigné personne pour la faire exécuter.* 221

ARTICLE II. — *Le défunt a exprimé sa volonté et désigné la personne chargée de l'exécuter.* 224

§ I. — Des formes de la manifestation de volonté. 224

§ II. — De la capacité de celui qui règle ses funérailles 232

§ III. — Nature du droit de la personne chargée d'exécuter la volonté du défunt. Conflits avec la famille. 236

§ IV. — Des rétractations 240

ARTICLE III. — *Le défunt n'a laissé aucune disposition expresse* 244

§ I. — Conflit entre les ascendants du défunt. . . 245

§ II. — Conflit entre le conjoint et les ascendants. . 249

§ III. — Conflit entre le conjoint et les descendants, entre les ascendants et les descendants, entre les ascendants et les collatéraux, entre les collatéraux 256

CHAPITRE II.

DES FORMALITÉS ET CÉRÉMONIES QUI ACCOMPAGNENT LES FUNÉRAILLES.

ARTICLE I. — *Formalités préliminaires.* 260
§ I. — Obligations imposées à celui qui procède aux funérailles. 260
§ II. — Obligations imposées à l'officier de l'état civil 272
ARTICLE II. — *Accomplissement des funérailles.* . . . 275

CHAPITRE III.

DES FRAIS FUNÉRAIRES.

ARTICLE I. — *Monopole des pompes funèbres.* 284
§ I. — Objet du monopole. 286
§ II. — Confection des tarifs. 292
§ III. — Sanction. 293
§ IV. — Modes d'exploitations 294
ARTICLE II. — *Privilège des frais funéraires.* 302

DEUXIÈME PARTIE

DES INHUMATIONS.

CHAPITRE I.

DES INHUMATIONS DANS LE CIMETIÈRE COMMUNAL.

ARTICLE I. — *Conditions légales d'établissement du cimetière communal.* 309
ARTICLE II. — *Rôle de l'autorité préfectorale.* 315
§ I. — Comment il lui est dévolu. 315
§ II. — Choix du terrain. 318
§ III. — Acquisition du terrain. 320
ARTICLE III. — *Désaffectation du cimetière.* 326

CHAPITRE II.

DE LA PROPRIÉTÉ DES CIMETIÈRES.

ARTICLE I. — *De l'existence du droit de propriété sur les cimetières* 329
§ I. — Doctrine de la domanialité publique. . . . 330
§ II. — Doctrine de la domanialité privée 333
ARTICLE II. — *Conséquences de l'existence du droit de propriété sur les cimetières.* 338
§ I. — Conséquences générales. 338
§ II. — Attribution des produits des cimetières. . . 340
§ III. — Entretien des cimetières. 343
§ IV. — Concessions de terrain dans les cimetières. 344

CHAPITRE III.

DES CONCESSIONS.

ARTICLE I. — *Nature du droit du concessionnaire.* . . 349
§ I. — Droit réel immobilier. 350
§ II. — Droit personnel ou de créance. 354
§ III. — Aspect d'ensemble. 356
ARTICLE II. — *Acquisition du droit du concessionnaire.* 363
§ I. — De la délivrance des concessions par la commune. 363
§ II. — Des tarifs 366
§ III. — Du contrat de concession. 370
ARTICLE III. — *Transmission du droit du concessionnaire.* 375
§ I. — Vis-à-vis des étrangers. 375
§ II. — Vis-à-vis des membres de la famille. . . . 379

CHAPITRE IV.

DES SERVITUDES D'UTILITÉ PUBLIQUE RÉSULTANT DU VOISINAGE DES CIMETIÈRES.

§ I. — Economie du décret du 7 mars 1808. . . . 381
§ II. — La question de l'indemnité. 386

§ III. — Juridiction compétente. 390
§ IV. — Conditions d'application du décret. . . . 393
§ V. — Dérogations à ses dispositions. 395

CHAPITRE V.

DE LA POLICE DES CIMETIÈRES.

ARTICLE I. — *Nature du droit de police et de surveillance.* 398
ARTICLE II. — *Objet de ce droit.* 406
§ I. — Différents cas d'exercice de l'autorité municipale. 406
§ II. — Abrogation de l'article 15 du décret de prairial. 412
§ III. — Des exhumations. 419
ARTICLE III. — *Sanction du droit de police et en général des dispositions du décret de prairial.* 425

CHAPITRE VI.

DES INHUMATIONS HORS LE CIMETIÈRE COMMUNAL.

ARTICLE I. — *Sépulture sur la propriété privée.* 429
§ I. — Historique et fondement de l'article 14 du décret de prairial. 429
§ II. — Règles d'application. 434
ARTICLE II. — *Des sépultures dans les édifices consacrés au culte et les hôpitaux.* 441

CHAPITRE VII.

DE LA VIOLATION DE SÉPULTURE.

ARTICLE I. — *Etendue de la répression.* 448
ARTICLE II. — *Matière du délit.* 451
§ I. — Intention d'outrage. 452
§ II. — Absence d'intention outrageante. 454
APPENDICE. — DE LA CRÉMATION. 459
POSITIONS. 465

POITIERS. — TYPOGRAPHIE OUDIN.